Vertretung für denjenigen, den es angeht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät der

Philipps-Universität in MARBURG a. d. Lahn

vorgelegt von

Gerhard Eichler

Gerichtsreferendar

aus Essen a. Ruhr

MARBURG 1931

Buch- und Steindruckerei Max Kramer, Münster in Westfalen, Aegidiistraße Nr. 23

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 5. Juni 1931.

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0047

Literatur-Verzeichnis.

Affolter: Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 8. —

Bartels: in: Gruch. Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 42. —

Biermann: Bürgerliches Recht, I. Buch, Berlin 1908. —

Biermann: Bürgerliches Recht, 3. Aufl. 3. Buch, Berlin 1914. —

Brach: im: Recht 1901, 5. Jahrgg. —

Bremer: in: Lindes Zeitschr. f. Zivilrecht u. Prozeß, Bd. 20. —

Brinz: Lehrbuch d. Pandektenrechts, 2. Aufl. Erlangen-Leipzig 1892. —

Brodmann: in: Ehrenbergs Handbuch d. gesamten Handelsrechts „Handelsgeschäfte", 2. Abt. 1918, Bd. IV. —

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910. —

Cohn, Ernst: Das rechtsgeschäftliche Handeln, für denjenigen, den es angeht, in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung. Marburg 1931.

Cosack: Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, 2. Aufl., 1 Bd. Jena 1898. —

Cosack: Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, 7. Auf. 1922. —

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I (1900) und Bd. III (1905). —

David: im Recht, 1901, 5. Jahrgg. —

Denkschrift zum bürgerl. Gesetzbuch. —

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1902. —

Dernburg: Sachenrecht, 2. Aufl. 1901. —

Draganesco: Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter. Berlin 1916. —

Düringer-Hachenburg: Kom. z. H. G. B. 2. Bd.

Eck: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I, 1.—2. Aufl. Berlin 1903. —

Eger: Vertretung beim Eigentumserwerb. Diss. Darmstadt 1900. —

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1900. —

Endemann: 8.—9. Aufl. Bd. II. Berlin 1905. —

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Allg. Teil 1911. —

Enneccerus: Lehrb. d. bürgerl. Rechts. I. Bd. 1. Abt. 9.—11. Aufl. 1913. — und Allg. Teil. Marburg 1926. —

Enneccerus--Nipperdey: Lehrb. Allg. Teil. Marburg 1931. —

Fischer-Henle: Bürgerl. Gesetzbuch. 4. Aufl. München 1909.

Fleck: im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 15. —

Goetz: Eigentumserwerb des Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung. Breslau 1917. —

Goldmann-Lilienthal: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1903. —

Goldmann-Lilienthal: Sachenrecht, Berlin 1912.

Haack: Das Geschäft, wen es angeht. Königsberger Diss. 1928.

Hellmann: in: Jherings Jahrbüchern, Bd. 42.

Hellmann: Vorträge üb. d. bürgerl. Gesetzbuch.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Hempel: Eigentumserwerb beweglicher Sachen nach § 929, Satz 1 BGB. bei offener u. stiller Vertretung. Breslau 1927.

Henning v. d. Osten: Der Eigentumsübergang bei Tradition an einen in fremdem Interesse, aber im eigenen Namen handelnden Beauftragten. Greifswald 1907.

Himmelschein: Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1930.

Hoeniger: in: JW. 1927, 1926, 1928.

Hölder: Kommentar z. bürgerl Gesetzbuch. Allg. Teil 1900. —

„ in: Jherings Jahrb. Bd. 55. —

Hupka: Die Vollmacht. 1900. —

Jsay: Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäftes nach dem BGB. Jena 1899. —

„ Die Geschäftsführung nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Jena 1900. —

„ in: Jherings Jahrb., Bd. 44. —

Jhering: Besitzwille. 1889. —

„ in: Jherings Jahrb., Bd. I. —

Jeroschewitz: Vertretung bei der Fahrnisübereignung. Königsberger Diss. 1920. —

Jung: in der Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 47.

„ Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf, Gießen Diss 1892. —

„ Das Problem des natürlichen Rechts. Leipzig 1912.

„ bei Stammler, das gesamte deutsche Recht. Berlin 1931. —

Kaemmerer: Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb nach d. Recht d. bürgerl. Gesetzbuchs. Halle/ S. 1908. —

Kipp zu Windscheid: Lehrbuch d. Pandekten. 8. u. 9. Aufl. Frankfurt 1906. —

Kohler: im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 18. —

Kress: Besitz und Recht. Nürnberg u. Leipzig 1909. —

Kuhlenbeck: Das bürgerl. Gesetzbuch. Berlin 1899—01.

Langen: Eigentumserwerb und -verlust bei Kommissionsgeschäften. Marburg 1900. —

Last: in Jherings Jahrb. Bd. 63. —

Lehmann, Heinr.: Allgemeiner Teil d. bürgerl. Gesetzbuchs. Berlin u. Leipzig 1922. —

Lehmann, Heinr: Kritik von Langen „Kommissionsgeschäfte"; in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 51. —

Lenel: in Jherings Jahrb. Bd. 36. —

Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Leonhard, Rud.: Der Allg. Teil d. BGB. in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900. —

Loewenwarter: Lehrkommentar. Bd. I u. Bd. IV. —
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 1901. —
„ Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907. —
„ Irrtum und Auslegung. 1918. —
„ in d. JW. 1921. S. 1309. Anm. —
„ im Handwörterb. f. d. Rechtswissenschaft. Bd. I, Bd. II, Bd. III.
„ im Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 25. —
„ Wie stehen wir heute zum Naturrecht? (Rektoratsrede) 1926,
„ Kritik von Himmelschein, Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft in JW. 1931. S. 2225 f.
Matthiaß: Lehrb. d. bürgerl. Rechts. 6.—7. Aufl. 1914. —
Mayer, Helmuth: J. W. 1931.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs. Bd. I und Bd. III. —
Müller-Erzbach: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung. Berlin 1905. —
Neumann: Handausgabe des BGB. 6. Aufl. 1912. —
Oertmann: Kommentar z. bürgerl. Gesetzbuch. Bd. I, 1929. —
Pestalozzi: Die indirekte Stellvertretung. Züricher Diss. 1927. —
Petri: im Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 111. —
Planck: Komm. z. bürgerl. Gesetzbuch. 3. Aufl. 1. Bd. 1898. —
„ Komm. z. bürgerl. Gesetzbuch. 3. Aufl. 1. Bd. 1903. —
„ Komm. z. bürgerl. Gesetzbuch. 4. Aufl. 1. Bd. 1913. —
„ Komm. z. bürgerl. Gesetzbuch. 4. Aufl. 3. Bd. 1928. —
Protokolle: der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. I, II, III. —
Przibilla: in Jherings Jahrb. Bd. 50. —
Rehbein: Das BGB. mit Erläuterungen. 1. Bd. Allg. Teil 1899. —
Regelsberger: in Jherings Jahrb. Bd. 44. —
R. G. R.-Kommentar: Bd. I. 1928; Bd. III 1913. —
Richter: Uebereignung an „wen es angeht" in der Rechtssprechung des Reichsgerichts. Dredener Diss. 1928. —
Rosenberg: Kommentar zum Sachenrecht. Münch. 1919. —
Rümelin: im Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 93. —
Savigny: Das Recht des Besitzers. 7. Aufl. 1865. —
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Bd. I 1900; Bd. II 1902. —
Schneider: im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 42. —
Stampe: Unsere Rechts- u. Begriffsbildung. Greifswald 1907. —
Staub: Komm. z. Handelsgesetzbuch. 12.—13. Aufl. Bd. I. 1927.
Staudinger: Komm. z. bürgerl. Gesetzbuch. 9. Aufl. 1. Bd. 1925; 3. Bd. 1926, u. 1928. —
Stintzing: Die Uebertragung beweglicher Sachen nach dem deutsch. bürgerl. Recht in Heranziehung des gemeinen u. d. röm. Rechts. Lpz. 1911. —
Stoll: i. Archiv f. ziv. Praxis Bd. 132, Jahrg. 1930.
Stolz: Der Besitzdiener u. d. Vertretung beim Besitzerwerb. Berlin 1913. —
Strohal: in Jherings Jahrb. Bd. 38. —

Trendelenburg: Der Besitzerwerb durch Stellvertreter. Greifswald 1904.

Tuhr, v.: Der Allg. Teil d. bürgerl. Rechts. Bd. II, 2. Hälfte, München u. Leipzig 1918. —

Tuhr, v.: in Jherings Jahrb. Bd. 48. —

Warneyer: Komm. z. bürgerl. Gesetzbuch. 1924. —

Wedemeyer: Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- u. Aneignungshandlungen. Göttingen 1904. —

Weilinger: Besitz und Eigentumserwerb bei indirekter Stellvertretung. Diss. Eisenach 1908. —

Wendt: im Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 87 u. Bd. 92. —

Wolff, M.: Sachenrecht. 7. Aufl. Marburg 1927. —

Wolff, M.: in Jherings Jahrb. Bd. 44. —

Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1889.

Zitelmann: Das Recht des bürgerl. Gesetzbuchs. Allg. Teil. Leipzig 1900.

Entscheidungen und Zeitschriften:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen: Bd. 11, 30, 49, 52, 56, 58, 63, 73, 66, 71, 98, 99, 100, 109, 116. —

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen: Bd. 19, 62. —

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 47, 53. —

Juristische Wochenschrift von 1907, 1912, 1917, 1928, 1929, 1931. —

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts Bd. 5, 20, 26. —

Das Recht. Jahrgg. 1907. —

Seufferts Archiv, Bd. 57, 60, 78. —

Warneyers Rechtspr. d. Reichsgerichts 1912. —

Inhalts-Übersicht.

Seite

Erster Teil.

Kapitel I.

§ 1. Anwendungsfall, begriffliche Grundlagen der offenen und stillen Vertretung, Aufzeigung des Problems . . . .10—14

§ 2. Anhänger der unbedingten Anwendung des Offenheitsprinzips auch bei Stillvertretung . . . . . .14—17

§ 3. Notwendigkeit des Eigentumserwerbs des Vertretenen auch bei Stillvertretung . . . . . ,17—18

Kapitel II.

§ 4. Theorie des Durchgangserwerbs des Stillvertreters . .18—25

Zweiter Teil.

Die Versuche, unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen bei Stillvertretung zu begründen

Kapitel I. Durch einengende oder ausdehnende Auslegung des § 164 BGB.

§ 5. Durch einengende Auslegung . . . . . .25—27

§ 6. Durch ausdehnende Auslegung . . . . . .27—33

Kapitel II. Die Versuche, unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen unter Ausschaltung des im § 164 Abs. II. niedergelegten Offenheitsprinzips zu konstruieren.

§ 7. Die Ansicht derer, die den §§ 164 ff. die Anwendung auf Uebereignungsgeschäfte ganz allgemein versagen . .33—34

§ 8. Lösungsversuch der Interessenjurisprudenz . . . .34—43
1. Aeltere Ansichten . . . . . .35—37
2. Neuere Ansichten . . . . . .37—43

§ 9. Lösungsversuch unter Ausschaltung des Offenheitsprinzips mit Verwendung des Willensgeschäfts . . . . . .43—53

§ 10. Weitere Lösung des Problems durch Ausschaltung des Offenheitsprinzips auf konstruktivem Wege unter Schaffung der Rechtsfigur des „rechtsgeschäftlichen Handelns für den, den es angeht“ . . . . . .53—57

Kapitel III. Die Möglichkeit unmittelbaren Besitzerwerbs bei Stillvertretung.

§ 11. Begriffliches und Arten des Besitzerwerbs durch Dritte57—59

§ 12. Besitzerwerb durch Besitzdienerschaft . . . . . .59—61

§ 13. Besitzerwerb durch Besitzmittlung . . . . . .61—68

§ 14. Schlußwort unter kurzem Hinweis auf die gesetzliche Regelung des Schweizerischen Obligationsrechts . . .68—69

Erster Teil

Kapitel I.

Anwendungsfall, begriffliche Grundlagen der offenen und stillen Vertretung und Aufzeigung des Problems, Gegenansicht, Notwendigkeit des Eigentumserwerbs durch Stillvertretung.

§ 1.

Um ein anschauliches Bild von der Bedeutung des uns hier beschäftigenden Problems zu bekommen, sei als Beispiel, das wir zum Ausgangspunkt unserer Betrachtungen nehmen wollen, folgender praktische Anwendungsfall vorgeführt:

Der Pferdehändler G. pflegt den Ankauf der Pferde für sein Geschäft durch seinen Gehilfen B. in der Art besorgen zu lassen, daß dieser die verschiedenen Dorfschaften bereist, die ihm passend scheinenden Pferde kauft, mit dem von G. mitgegebenen Gelde bezahlt und sich von den Verkäufern abliefern läßt. B. will für G. erwerben, hat aber bei den Ankäufen niemals kundgetan, ob er für sich oder einen anderen das Geschäft abschließe.

Der Tatbestand spitzt sich somit auf die Frage zu, wen die Rechtswirkungen des Geschäfts getroffen haben, ob das Eigentum an den Pferden alsbald dem G. oder dem B. zugefallen ist. Praktisch wird diese Frage vor allem, wenn unmittelbar nach der Uebergabe an den B. die Tiere auf Betreiben eines Gläubigers des B. gepfändet werden. Nur wenn bereits mit der Uebergabe der Pferde an den B. das Eigentum auf den G. übergegangen ist, verspricht eine Klage des G. aus § 771 ZPO. Aussicht auf Erfolg.

Bei dem Abschlusse des Geschäfts ist G zu den Veräußerern in keine unmittelbare rechtliche Beziehung getreten; er hat vielmehr seine eigene rechtsgeschäftliche Mitwirkung durch die Mitwirkung eines anderen, des B., ersetzt. G. hat den B. bevollmächtigt, d. h. ihm die Befugnis verliehen, in seinem — des G. — Namen handelnd aufzutreten. Die Vertretungsmacht gibt dem Vertreter die Fähigkeit, verpflichtet ihn aber nicht, als solcher das Geschäft in fremdem Namen vorzunehmen.

Soll das Geschäft aber Wirkungen für den Vertretenen hervorrufen, so muß bei dem Vertreter in erster Linie der Wille

vorhanden sein, in fremdem Namen zu handeln.[1]) Da nach dem Beispiel der B. für den G. erwerben will, ist B somit Vertreter in einem auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichteten rechtlich erheblichen Willen.

Die Fähigkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, ist durch die Rechtsordnung aber nicht dem inneren, in keiner Weise hervorgetretenen Willen eines Rechtssubjektes beigelegt worden, vielmehr äußert solche Kraft nur ein Wille, der von dem Handelnden erkennbar in die Außenwelt überführt ist. Der Wille muß im Tatbestande der Willenserklärung dem Vertragsgegner, der ein Interesse daran hat, seinen Inhalt zu erfahren, erkennbar gemacht werden. Nur die Umstände, die dem Gegner mit Wissen und Wollen des Erklärenden bekannt geworden sind, bestimmen den Inhalt der Willenserklärung. „Die Willenserklärung erhält also ihren Sinn durch zwei Faktoren, einen subjektiven und einen objektiven, nämlich durch ihren Ursprung aus einer Erklärungsabsicht und durch ihre Erklärungsfähigkeit." [2]) Der Wille des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, bedarf daher im Tatbestand der Willenserklärung, um den gewollten Erfolg herbeizuführen, der Ueberführung in die Wahrnehmungssphäre des Gegners.

Nicht erforderlich ist, wie sich aus den Gesetzesworten entnehmen ließe, daß die Erklärung den Namen einer bestimmten Person enthält, vielmehr ist dem Interesse des Geschäftsgegners durch Offenlegung der Vertreterstellung, d. h. durch die Erklärung, daß die Wirkungen für einen anderen als den Handelnden eintreten sollen, beim Geschäftsabschluß hinreichend gedient. [3])

Sodann braucht diese Erklärung, in fremdem Namen zu handeln, nicht ausdrücklich zu erfolgen, d. h. der Erfolgswille sich nicht unmittelbar aus dem gewählten Ausdrucks-

---

[1]) Staudinger zu § 164 Erl. 3b; Planck z. § 164 Erl. 1a; Komm. RGR. Vorbem. z. § 164; Manigk Willenserklärung und Willensgeschäft S. 569; Rgsch. S. 297 ff., 313, 354, 361 u. a. — a. A. z. B. Schlossmann; gegen ihn Manigk a. a. O. —

[2]) Hellmann in Jherings Jhb. Bd. 42, S. 418; Manigk in: RGPrax. Bd VI, S. 149 ff.; WE, S. 156, 273, 436, 454 ff., 467, 573, 589 Manigk, Irrtum u. Auslegung, S. 49, 72; Oertmann, Vorbem. z. § 104, Erl. 9, 1 u. z. § 164, 2b, S. 609; Staudinger zu § 164 3b; ferner: 3. Abschn. 2. Tit. II A Planck, Erl. 1a z. § 164; R. Leonhard, Allg. Teil, S. 350; Bruns, Besitzerwerb d. Interessenvertreter, S. 2; Genaueres hierüber unten. —

[3]) Rümelin, i. Arch. ziv. Praxis, Bd. 93, S. 221/222; Planck, z. § 164 Erl. 1a u. b; Staudinger, z. § 164 3c; Oertmann, z. § 164 1b ß; Endemann, § 68 Anm. 17, § 80 Anm. 11; R. Leonhard, Allg. Teil., S. 364; Enneccerus, Allg. Teil § 166 I, 1bß; Jung, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 47, S. 191; v. Tuhr, Allg. Teil II, 2. S. 346; neuerdings: Cohn. Das rechtsgeschäftl. Handeln f. d. den es angeht, S. 35, 44; Pestalozzi: Die indirekte Stellvertretung, S. 49; a. A.: Manigk, RGSch. S. 317, 320; bejah. aber f. Geschäfte d. tägl. Lebens: S. 334 ff.; außerdem in: JW. 1921, S. 1309 Anm. —

mittel zu ergeben; es genügt auch schon, daß der Handelnde sein die Kundgebung seines Willens bezweckendes Verhalten so einrichtet, daß nach anderen als den Sprachgesetzen, z. B. den Gesetzen der Logik, der Usance u. a. auf seinen wirklichen Willen geschlossen werden kann.[4]) Dies sind die sog. konkludenten oder stillschweigenden Willenserklärungen. Ihrer Natur nach ebenfalls Willenserklärungen unterscheidet sich diese Art von den ausdrücklichen lediglich durch „den Modus der Erklärung".[5])

In diesen Fällen handelt der Vertreter offen als Vertreter und das Gesetz leitet zufolge der Offenheit seines Auftretens die Rechtswirkung auf den Vertretenen über. Für diese Art der Vertretung empfiehlt sich daher kurz die Bezeichnung „offene Vertretung."

Im obigen Tatbestand hat der Vertreter seine Vertretereigenschaft in keinerWeise, weder ausdrücklich noch schlüssig, gegenüber dem Gegner verlautbart, somit einen Willen, ob das Geschäft für einen anderen oder ihn selbst gelten soll, durch nichts kundgegeben. Der Vertreter ist „still" geblieben, es sei daher für ihn zur Unterscheidung von dem offenen Vertreter die Bezeichnung „stiller Vertreter", dementsprechend für den rechtsgeschäftlichen Vorgang der Ausdruck „Stillvertretung" eingeführt.[6]) Im Gegensatz zur offenen Stellvertretung, die außer den anderen erwähnten Erfordernissen den Willen des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, voraussetzt, liegt Stillvertretung einerseits vor, wenn der Vertreter den Willen hat, im eigenen Namen zu handeln, andererseits aber auch, wenn er es absichtlich oder unabsichtlich unterlassen hat, seine Vertretungsabsicht kundzugeben.[7])

---

[4]) Hellmann, in: Jherings Jhb. Bd. 44, S. 432; Wendt, Arch. ziv. Pr. Bd. 92, S. 232 ff.; Rümelin, a. a. O., S. 160; R. Leonhard, a. a. O., S. 277; Manigk, W. E., S. 272/73 u. S. 304; ferner im Hwb. f. RWiss. Bd. 1 „Auslegung", S. 441; Jung b. Stamler: D. gesamte Recht 1931, S. 576, 578; Planck, vor § 116 Z. 2; Staudinger, Allg. Teil III. Abschn. 2. Tit. Einl. II B vor § 116. —

[5]) R. Leonhard, a. a. O., S. 370; Wendt, a. a. O., S. 236; Zitelmann, Allg. Teil, S. 91; gegen ihn: Manigk, WE., S. 303, vgl. a. S. 220; ebenfalls geg. Zitelmann: R. Leonhard, a. a. O., Anm. 2. —

[6]) Die gebräuchlichen Bezeichnungen „unmittelbare und mittelbare Stellvertretung" sollen hier vermieden werden, da sie nicht den rechtlichen Vorgang umschreiben, sondern bereits eine Entscheidung üb. d. rechtl. Wirkungen zum Ausdruck bringen. Auf die Frage, ob zwischen unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung ein Unterschied besteht, was von Schloßmann geleugnet wird, sei nur verwiesen, da diese Ansicht Schlossmanns allgemeine Ablehnung erfahren hat. (vgl. z. B. Rümelin, S. 134 ff. 293 ff.; Hupka, Vollmacht 1900, S. 26 ff.; v. Tuhr, Allg. Teil II, 2 § 84, S. 333 ff.; Manigk, Rechtsgeschäfte, S. 297 ff. u. im HdwB. f. RechtsW. Bd. III, S. 311; Enneccerus, § 167 Anm. 1. —

[7]) Goetz: Eigentumserwerb d. Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung, S. 2.

Durch diesen Gegensatz der möglichen Willensrichtungen des Stillvertreters gewinnt man rein gefühlsmäßig schon den Eindruck, daß demzufolge auch eine Verschiedenheit in den rechtlichen Wirkungen gerechtfertigt sein müßte. Auf wieviel rechtliche Schwierigkeiten aber die Beantwortung der Frage gestoßen ist, ob der hier nur interessierende zweite Fall die Möglichkeit einer unmittelbaren Vertretungswirkung bietet, zeigt der erhebliche Widerstreit der Ansichten.

Ein Auftreten, in dem der vorhandene Vertretungswille nicht erkennbar wird, bewirkt nämlich nach § 164 Abs. 2 BGB., daß nur der Stillvertreter aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet wird. Diese Bestimmung soll, wie sich aus den Protokollen[8]) und Motiven ergibt, den Schutz der „Verkehrssicherheit" bezwecken; aus dem Gesichtspunkt, daß der Vertragsgegner vor der streng logisch möglichen Irrtumsanfechtung[9]) des stillen Vertreters geschützt werden müsse, wenn er den Vertreter persönlich in Anspruch nähme, hat sich der Gesetzgeber dahin entschieden, dem Vertreter die Anfechtungsmöglichkeit abzuschneiden und ihn persönlich haften zu lassen. Schutz des Drittkontrahenten ist also Motiv für die Schaffung des in § 164, II niedergelegten „Offenheitsprinzips" gewesen.[10]) Die Regel der Offenkundigkeit des Vertreterwillens muß unbedingt gelten, wenn es sich um obligatorische Verträge handelt; denn bei diesen ist ein Interesse des Gegenkontrahenten an der Person seines Geschäftsgegners in hohem Maße anzuerkennen. Der Gegenkontrahent hat wegen der persönlichen Natur dieser Verhältnisse ein Recht darauf, zu wissen, mit wem er es zu tun hat, wer insbesondere sein Schuldner ist, weil es ihm regelmäßig nicht gleichgültig sein wird, wenn an die Stelle des bisherigen Schuldners eine andere, z. B. als zahlungsunfähig oder schikanös bekannte Person tritt, mit der er vielleicht nie vertragliche Bindungen eingegangen wäre.[11])

Für den besonderen Fall der Stellvertretung beim Eigentumserwerbe fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung; denn daß § 164 BGB. nur Stellvertretung bei Willenserklärungen zulassen will, geht einerseits aus seinem Wortlaut — „im Namen eines anderen" — hervor, andererseits aber auch der Stellung, die die § 164 ff. im Aufbau des BGB. einnehmen — 3. Abschn.

---

[8]) Prot. z. Ent. d. BGB. S. 222 zu Abs. II d. § 111 (jetzt § 164); Zweite Lesung d. Entw. Bd. I, S. 136 ff.; Motive Bd. I, S. 159. —

[9]) Denn das Gewollte ist nicht erklärt, das Erklärte nicht gewollt.

[10]) h. M., vgl. z. B. Staudinger z. § 164, 3c. —

[11]) Lenel, in: Jherings Jhb. Bd. 36 S. 7 Anm. 1; Fr. Leonhard, Vertretung b. Fahrniserwerb, S. 13 ff.; Langen, Eigentumserwerb und Verlust b. Kommissionsgeschäften, S. 103; a. A.: Cosack, in früh. Aufl. s. Lehrb., und: Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung. —

5. Titel des Allg. Teils.[12]) — Damit erhebt sich aber zunächst die Frage, ob die allgemeinen Vorschriften über Stellvertretung auf eine Stellvertretung beim Eigentumserwerbe Anwendung finden können. Denn von der Beantwortung der Frage, ob die Stellvertretungsgrundsätze prinzipiell und ausnahmslos auf die Elemente der Eigentumsübertragung anzuwenden sind oder nicht, hängt die Verneinung oder Bejahung der Möglichkeit ab, im Wege der Stillvertretung für den Vertretenen unmittelbar rechtliche Wirkungen zu erzeugen.

Nach § 929 BGB. setzt die Eigentumsübertragung voraus:

1. die Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber darüber, daß das Eigentum übergehen soll,
2. die Uebergabe der Sache an den Erwerber.

Ausgegangen sei von der Prüfung der Frage, ob die Vorschriften über Stellvertretung auf die Einigung anzuwenden sind.

Da die §§ 164 ff. ihrem Wortlaut nach nur Stellvertretung bei rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen gestatten, so ist für die Bejahung der Frage entscheidend, ob man die Einigung als Rechtsgeschäft anzusehen hat. Die rechtliche Natur der Einigung ist bestritten. Die h. M.[13]) erklärt sie für einen Vertrag, doch wird Vertragsnatur vereinzelt insofern geleugnet, als man die Einigung und die Uebergabe zusammengenommen als den dinglichen Vertrag ansieht.[14]) Es erübrigt sich, hier auf diesen Streit einzugehen, da auch die Gegner der h. A. jedenfalls anerkennen, daß die Einigung sich aus zwei Willenserklärungen zusammensetzt, für welche die Vorschriften des Allg. Teils über Willenserklärungen gelten müssen.[15]) Anwendbar sind daher grundsätzlich auch die Regeln der §§ 164 ff.; es muß also prinzipiell auch bei der Einigung der Vertreter die Vertretungsabsicht kundbar machen, um für den Vertretenen rechtliche Wirkungen zu erzielen.

§ 2.

In strikter Durchführung dieses Grundsatzes wollen daher

---

[12]) vgl. Kaemmerer, Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb nach dem Recht des Bürgerl. Gesetzbuch S. 13; Planck zu § 164 Erl. 1 d.

[13]) Planck zu § 929, IV 3a; Dernburg, Sachenrecht § 44 V; Endemann § 19, I; Manigk, Rechtsgeschäfte, S. 203 Note 1; WE., S. 413; Irrtum u. Auslegung, S. 233; Fischer-Henle, Erl. 8 z. § 854; Cohn, a. a. O., S. 155. –

[14]) Wolff, Sachenr. § 38, II, 2; Enneccerus I § 13, II, 2; Rosenberg, Komm. Sachenr. § 873, III, 2a; Biermann, Vorbem. z. Sachenr. S. 3 ff.; Goldmann-Lilienthal § 32 Ziff. 7. —

[15]) Vgl. zB. Biermann, a. a. O., S. 3; zudem treffen in unserem Falle Uebergabe u. Einigung zusammen. —

einige Schriftsteller [16]) auch bei der Frage des Eigentumserwerbs ausnahmslos dem Stellvertreter das Eigentum zusprechen.

So beantwortet Manigk [17]) in konsequenter Fortführung seiner bereits in den „Rechtsgeschäften" [18]) dargelegten Ansicht, daß der Handelnde mit seinem Verhalten den Kundgebungszweck gerade gegenüber dem anderen Vertragsteile verfolgen müsse, die Frage, ob Stillvertretung dingliche Rechte bei dem Mandanten erzeuge, in verneinendem Sinne; denn es könne auch hier, da der Traditionsvertrag sich aus Willenserklärungen zusammensetze, nicht von dem Erfordernis abgesehen werden, daß beide Parteien einander kundgeben, daß Eigentum übergehen solle. „Wenn der Empfänger die unter hierauf gerichteter Erklärung des Tradenten dargebotene Sache auch nur stillschweigend annimmt, so liegt hier eine konkludente, mit der des Tradenten konsentierende Erklärung vor, und daher tritt die Perfektion des Traditionsvertrages ein." [19])

Manigk selbst aber vertritt, wie Jeroschewitz [20]) mit Recht hervorhebt, in seinem Buche „Willenserklärung und Willensgeschäft" die Lehre, daß der Traditionsvertrag nicht notwendig durch Willenserklärung zustande komme, sondern auch gemäß § 151 BGB. durch Willensgeschäft geschlossen werden könne. Diese Erkenntnis Manigks hat dann den Untersuchungen von Jeroschewitz den Weg gewiesen, um konstruktiv zu einer Lösung zu gelangen, die unter den bisher angestellten Versuchen, das Eigentum bei Stillvertretung unmittelbar von dem Veräußerer auf den Vertretenen übergehen zu lassen, besonders befriedigen muß. [21]) Doch sei dieser Lösungsversuch von Jeroschewitz an dieser Stelle nur angedeutet, in anderem Zusammenhange wird auf ihn ausführlich zurückzukommen sein.

Ein weiterer Anhänger des Offenheitsprinzips ist Fr. Leonhard, [22]) der „auch bei der Uebertragung in erster Linie die vertragsmäßigen Erklärungen der Parteien" entscheiden lassen will. Regelmäßig handele es sich jedoch nicht um rechtlich erhebliche Parteibestimmungen, da der Veräußerer im allgemeinen ein Interesse an der Person des Erwerbers nicht habe. Könne somit aus den den Traditionsvertrag bildenden Erklä-

[16]) Im Gemeinen Recht vor allem Jhering, in: Jherings Jhb. Bd. I, S. 319 ff., gegen den sich erfolgreich Bremer in Lindes Zt. f. Zivilr. u. Prozeß, Bd. XX, S. 45 ff. wandte. —

[17]) WE., S. 389 ff. 466. —

[18]) Anw. der Vorschr. f. d. Rechtsgeschäfte, S. 367 ff. —

[19]) Rechtsgeschäfte, S. 367; vgl. Jeroschewitz, Vertretung b. d. Fahrnisübereignung Königsberg. Diss. 1920, S. 28. —

[20]) Jeroschewitz, a. a. O. —

[21]) so Manigk selbst, im Handwörterb. d. Rechts-Wiss. Bd. III: „Interessenjurisprudenz", S. 312. —

[22]) Fr. Leonhard, a. a. O., S. 31. —

rungen für die Person des Erwerbers nichts geschlossen werden, so sei es erforderlich, auf den Zweck, den der Veräußerer mit dem Veräußerungsgeschäft verfolge, zurückzugreifen, da auf diesen Zweck sich das ganze Veräußerungsgeschäft gründe. Der Veräußerer bezwecke aber in der Regel, auf den Gläubiger im Kausalverhältnis das Eigentum zu übertragen; dementsprechend müsse auch im Zweifel der Gläubiger im Kausalverhältnis Eigentümer werden. [23])

Der Versuch Leonhards hat das Verdienst, die Bedeutung des Geschäftswillens als treibende Kraft für die Wirkung der Vertretung hervorgehoben zu haben. [24]) Befriedigen kann diese Lösung jedoch nicht, da sie, wie Rümelin [25]) zutreffend erwähnt, an einem inneren Widerspruch krankt. Denn wenn der Veräußerer an der Person des Erwerbers nicht interessiert ist, wovon Leonhard ausgeht, so kann die dann eingreifende Auslegungsregel nicht auf das typische Interesse des Veräußerers gegründet werden. Die Richtung der Eigentumsübertragung kann dann nicht mehr auf den Zweck, den der Veräußerer mit dem Veräußerungsgeschäft zu erreichen sucht, abgestellt werden, da dieser Zweck bei Uninteressiertheit des Veräußerers an der Person des Erwerbers schon durch die Uebertragung des Eigentums allein erfüllt wird, ohne Rücksicht darauf, ob auf den Vertreter oder den Vertretenen. [26])

Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß der Veräußerer als Schuldner regelmäßig ein Interesse an der Wirksamkeit der Leistung gegenüber dem Gläubiger hat, da sonst keine Erfüllung eintritt, so erfüllt er diesen Zweck sowohl, wenn der Geschäftsmittler sein Gläubiger ist, wie auch durch eine Eigentumsübertragung an denjenigen, für den der Geschäftsmittler erwerben will. [27])

Ganz strikt hält auch Planck in einer der früheren Auflagen seines Kommentars [28]) an der Ansicht fest, daß § 164, II auf Traditionsgeschäfte unbedingt anzuwenden sei. Diese strenge Auffassung hat er jedoch später [29]) insofern gemildert, als er bei Barkaufgeschäften eine Traditionserklärung des Inhalts, daß der Empfänger das Eigentum für sich oder den Ver-

---

[23]) a. a. O., S. 34; siehe Stellungnahme zu den Anhängern Leonhards: Enneccerus 1913, I, 1 Note 8 zu § 166 Nr. 454; Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. Rechts 1914 Note 1, S. 467, im Einzelnen ausführlich bei Jeroschewitz, a. a. O., S. 32/33. —

[24]) Manigk, Hdwb. f. Rechts-Wiss. Bd. III, S. 311. —

[25]) Rümelin, a. a. O., S. 233. —

[26]) Gegen Leonhard vgl. Langen, S. 33 ff.; Rümelin, S. 232 ff.; vgl. a.: Jung. Ztschr. f. Handelsrecht, Bd. 47, S. 191 ff.; Henning v. d. Osten, Der Eigentumsübergang, S. 33. —

[27]) vgl. Rümelin S. 233.

[28]) Planck, 2. Aufl. 1898, Erl. 2 z. § 164. —

[29]) Planck, 4. Aufl. 1913, z. § 164 Erl. 5b ß. —

tretenen erwerben solle, je nachdem ob er im eigenen Namen oder als Vertreter handele, bei Vorliegen ganz besonderer Umstände, allerdings ohne jegliche Begründung, für zulässig erklärt.[30]) Soweit die hauptsächlichsten Vertreter des Offenheitsprinzips.

§ 3.

Diese Lösung gewinnt ohne Zweifel dadurch, daß sie die äußerst strittige Frage des Eigentumserwerbes durch Stillvertretung auf eine einfache, allgemeine Formel bringt. Das heutige fortgeschrittene Verkehrsleben ist aber zu vielgestaltig, als daß es sich auf einen Nenner von solch absoluter Allgemeingültigkeit bringen ließe.

Es würde sich das so gewonnene Ergebnis, daß bei Stillvertretung ein unmittelbarer Eigentumsübergang von dem Veräußerer auf den Vertretenen unmöglich sein soll, oft in Widerspruch zu den dringendsten Bedürfnissen des Verkehrs setzen.[31]) Das Festhalten an diesem Grundsatz in jedem Falle würde dazu führen, daß z. B. jeder Dienstbote, die Haushälterin, kurz jeder, der stillschweigend von einem Dritten etwas annimmt, Eigentum und Besitz erwerben müßte.[32]) Es würden also im Konkurs oder in der Zwangsvollstreckung den Gläubigern des Vertreters Gegenstände zufallen, die wirtschaftlich garnicht zu dem Vermögen ihres Schuldners gehören, und mit denen dieser sein Vermögen auch gar nicht vermehren wollte.[33])

Im Geschäftsverkehr des täglichen Lebens ist in vielen Fällen die Kundgabe des Willens, für einen anderen zu handeln, gar nicht üblich;[34]) wollte man in solchen Fällen in starrer Auslegung des § 164, II das Eigentum dem Stillvertreter zuschreiben, so würde man den Interessen und der Willensgestaltung der Beteiligten in keiner Weise gerecht werden. Denn einmal kann die Kundgabe des Vertretungswillens rein aus Vergeßlichkeit oder auch deswegen unterblieben sein, weil der Vertreter des Glaubens war, seine Vertreterstellung sei dem Dritten be-

---

[30]) Desgleichen für Eigentumserwerb des Stellvertreters: Biermann, Bd. I, S. 490; Isay, Die Geschäftsführung n. d. bürgerl. Gesetzb., S. 324; Lehmann, Kritik von Langen „Kommissionsgeschäfte" in: Ztschr. f. Handelsr. Bd. 51, S. 270; Bartels in: Gruch. Beitr. Bd. 42, S. 671; Staub, Komm. z. Handelsr. Bd. I, S. 233 Anm. 37. —

[31]) Bremer, Ztschr. f. Zivilr. u. Proz., Bd. 20, S. 45 ff., Lenel, in: Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 2 u. S. 43; R. Leonhard Allg. Teil, S. 467 Note 2; Rümelin, a. a. O., S. 218; David, im Recht 1901, S. 506; Bruns, a. a. O., S. 5 ff.; Cohn, a. a. O., S. 41 ff. —

[32]) Stintzing, Die Uebertragung beweglicher Sachen nach dem bürgerl. Recht, S. 143. —

[33]) Müller-Erzbach, a. a. O., S. 95; R. Leonhard, S. 367 Nr. 2. —

[34]) Stintzing, a. a. O., S. 144. —

kannt.[35]) Vor allem ist aber auch oft dem Veräußerer nicht so sehr daran gelegen, daß gerade die Person, mit der er verhandelt, das Eigentum an der Sache, die er überträgt, erwirbt.

Zwar ist das Handeln des Tradenten in der Regel von dem Willen beherrscht, seine Verbindlichkeit aus dem Kausalverhältnis gegenüber seinem Gläubiger zu erfüllen, d. h. Eigentum auf diesen zu übertragen. Gläubiger kann aber sowohl der Vertreter wie ein von diesem Vertretener sein. Ob Gläubiger der eine oder andere von beiden ist, ist dem Veräußerer häufig ganz gleichgültig; ihm ist nur daran zu tun, das Ziel der Befreiung von seiner Schuld zu erreichen. Sein Wille gibt also dem Eigentumserwerb nicht notwendig die Richtung auf den Vertragsgegner, sondern auf denjenigen, dem gegenüber er seine Verbindlichkeit erfüllen kann. Sein Wille ist gerichtet auf Uebereignung an „denjenigen, den das Geschäft angeht".[36]) Wann im einzelnen das Vorliegen eines solchen Willens bei dem Veräußerer anzunehmen ist, welche Gründe diese Konstruktion rechtfertigen und durch welche Umstände die Person, die es angeht, bestimmt wird, soll später ausführlich behandelt werden.

Kapitel II.

Theorie des Durchgangserwerbs des Vertreters.

§ 4.

Bevor nun die Versuche, unmittelbaren Eigentumserwerb von dem Veräußerer auf den Vertretenen zu konstruieren, einer kritischen Würdigung unterzogen werden, sei zunächst auf eine Mittelmeinung eingegangen, die auf Grund des § 164, II zwar auch den Vertreter anfänglich Eigentümer werden läßt, jedoch die Härten der strikten Anwendung des Offenheitsprinzips auf eigenartige Weise zu mildern weiß.

In richtiger Erkenntnis, daß das Ergebnis ihrer Ansicht nicht befriedigen könne, haben die Anhänger des Offenheitsprinzips,[37]) vor allem auch die Rechtsprechung, besonders die des R. G., die Rechtseinrichtungen des im Wege Selbstkontrahierens

---

[35]) Jeroschewitz, S. 26/27. —

[36]) Stintzing a. a. O., Bremer a. a. O., S. 74; Rümelin S. 229—230; Lenel a. a. O. S. 43 ff.; Fr. Leonhard, S. 34; Fleck im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 15 S. 375; Jung, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 47, S. 191 ff. R. G-Komm. zu § 929; Cohn, a. a. O., S. 162 f.; Helmuth Mayer in J. W. 1931, S. 1702 f. z. 12. —

[37]) Vgl. zB. die Hinweise bei Lehmann, Kritik von Langen „Kommissionsgeschäfte" i. d. Ztschr. f. Hdlsr. Bd. 51, S. 268 ff.; Manigk, im Handwörterb. f. Rechts-Wiss. Bd. III, S. 312. —

geschlossenen Besitzkonstituts gemäß §§ 181, 930 BGB. und vornehmlich des antizipierten Besitzkonstituts gemäß § 930 BGB. ausgebildet. Diese sollen dazu dienen, die unmittelbare Uebertragung des nach § 164, II zunächst auf den Stillvertreter übergegangenen Eigentums auf den Vertretenen in einer den Verkehrsbedürfnissen entsprechenden Weise zu begründen. Man kann hier von einem Durchgangserwerbe des Vertreters sprechen.

Die rechtliche Zulässigkeit des durch Selbstkontrahieren gemäß §§ 181, 930 geschaffenen Konstituts ist niemals bezweifelt worden;[38]) denn während zunächst das Rechtsverhältnis zum Vertretenen vorliegt, das den Vertreter verpflichtet, für jenen Eigentum zu erwerben, wird die zur Erfüllung der durch diesen Vertrag eingegangenen Verbindlichkeit von dem Vertreter mit sich selbst abgeschlossene Einigung erst vorgenommen, nachdem er die Sache von dem Veräußerer ausgehändigt erhalten hat. Somit ist sowohl dem Erfordernis des § 181 wie dem des § 930 BGB. genügt.

Im Gegensatz dazu gibt dem antizipierten Besitzkonstitut die zwischen Vertreter und Vertretenem vorher getroffene Vereinbarung, daß im Zeitpunkt der von dem Veräußerer an den Vertreter erfolgenden Uebergabe bereits Besitz und Eigentum dem Vertretenen zufallen sollen, das Gepräge. Es wird hier also die Möglichkeit anerkannt, daß jemand schon, bevor er Eigentümer und Besitzer geworden ist, sich mit einem anderen dahin einigt, ihm das Eigentum sofort mit der Erlangung zu übertragen und auf Grund des dazu vereinbarten Rechtsverhältnisses den Besitz sofort mit dem Erwerbe für ihn als Besitzmittler auszuüben. Die rechtliche Gültigkeit dieser Konstruktion, die den Eintritt der Wirksamkeit der Einigung und des Besitzkonstituts in die Zukunft verlegt, ist bestritten.[39])

Die Gegner des antizipierten Besitzkonstitutes weichen in ihren Begründungen voneinander ab, es fehlt ihnen der einheitliche Grundsatz. Ihrer aller Ansicht aber geht dahin, daß das antizipierte Konstitut nicht zulässig sei, eine derart getroffene Vereinbarung habe überhaupt keine dingliche Wirkung und könne höchstens eine obligatorische Pflicht erzeugen, das Eigentum an den Hintermann zu übertragen. Zur Begründung dieser Meinung führen sie teils Bedenken an, die sie aus dem Wortlaut

---

[38]) Enneccerus § 67 I, 4; Staudinger z. § 930 4b; Warneyer z. § 930 Stintzing, S. 149 ff.; R. G. Bd. 52, S. 130; 63, S. 16 ff; u. RG. Bd. 63, S, 405; RG. Bd. 116, S. 202 ff.; u. a. —

[39]) Eine eingehende Stellungnahme zu dieser Frage würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, erübrigt sich aber auch, weil im folgenden gezeigt wird, daß, wollte man auch die rechtliche Zulässigkeit des Instituts bejahen, dieses keine befriedigende Lösung für das vorliegende Problem des Eigentumserwerbs durch Stillvertretung zu bieten vermag. —

des § 930 folgern, teils befürchten sie auch schwere wirtschaftliche Schäden für die Beteiligten.[40])

Demgegenüber hebt Enneccerus[41]) mit Recht hervor, daß den Gegnern des Konstituts der Weg zum richtigen Verständnis dieses Geschäftes verschlossen sei, weil sie jene Einigung über die zukünftige dingliche Wirkung mit der Vereinbarung der obligatorischen Verpflichtung zur Eigentumsübertragung vertauschten.

Ferner sprechen sich in überwiegender Zahl für Verwendung des antizipierten Konstituts aus: v. Tuhr in Jherings Jahrbüchern, Bd. 48, S. 43 ff; Planck zu § 930, Erl. 2. u. 5; Staudinger zu § 930 Erl. 1b; Biermann zu § 930 Erl. Ib; Stintzing, a. a. O. S. 147 u. S. 189 Anm. 70; Manigk, im: HdWb. f. RWiss., S. 312; vor allem auch die Judikatur, vornehmlich das R. G. in ständiger Praxis: RG. Bd. 56, 52; RG. in Gruch. Beit. Bd. 47, S. 987 ff u. Bd. 53, S. 1045—1049; in JW. 1907, S. 747 RG. Bd. 73, S. 415; in JW. 1912, S. 797; in JW. 1917, S. 217, Nr. 6; RG. Bd. 99, 208; Bd. 100, 192; Bd. 109, 167, Bd. 116, S. 202, Urteil v. 10. XII. 1927 in: JW. 1928, S. 561 Nr. 9; OLG. Hamburg, im Recht 1907 Nr. 3818 (OLGE. Bd. 26, S. 48); OLG. Kiel in OLGE-Bd. 20, S. 64—66. —

Diese Rechtseinrichtung hat sich in letzter Zeit auch so allgemein durchgesetzt, daß M. Wolff, der grundsätzlich zu den Gegnern zu rechnen ist, in neueren Auflagen sogar erklärt, das antizipierte Konstitut sei zwar nicht unbedenklich, habe aber von der Rechtsprechung so allgemeine Anerkennung gefunden, daß hier von einem ‚festen Gewohnheitsrecht' gesprochen werden könne.[42])

Hinsichtlich der Frage nach den Voraussetzungen des antizipierten Konstituts herrscht hier Uebereinstimmung insoweit, als alle eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung darüber verlangen, daß der Mittler vom Augenblick seines demnächst zu erwartenden Besitzerwerbes ab den Besitz in einem der in § 868 bestimmten Verhältnisse ausüben soll. Abweichend sind ihre Ansichten aber in Ansehung des Zeitpunktes der vollendeten Rechtsübertragung. Nach einer recht stark vertretenen Meinung würde nämlich die weitere Uebertragung des Vertreters an den Geschäftsherrn nur gleichzeitig mit der Uebergabe der Sache an den Vertreter vollendet, falls dieser noch der mit dem Vertretenen getroffenen Ver-

[40]) Kohler, Arch. bürgerl. Recht, Bd. 18, S. 99 ff.; Lenel, a. a. O., S. 68 ff.; Regelsberger, in Jherings-Jahrb., Bd. 44, S. 407; Fr. Leonhard, a. a. O., S. 46 ff.; Wolff, Sachenrecht, § 67, I, 2; Draganesco, Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter, S. 95 Anm. 23; Brodmann, in: Ehrenbergs Hdb. d. ges. Handelsrechts, Bd. IV „Handelsgeschäfte", S. 145. —

[41]) Enneccerus, Allg. Teil, § 167, II Anm. 5. —

[42]) Wolff, Sachenrecht, § 67, I, 2. —

einbarung entsprechend handele; es müßte also erkennbar sein, daß er lediglich für den Vertretenen besitze, entsprechend dem vorher vereinbarten mittelbaren Besitz begründenden Mittlungsverhältnis. [43])

Die Entwicklung, die die Reichsgerichtspraxis in der Frage, wieweit die Erkennbarkeit zu spannen sei, genommen hat, zu verfolgen, ist interessant und insofern hier von Bedeutung, als ein weitgefaßter Begriff der Kenntlichmachung bereits gegen die Verwertbarkeit des antizipierten Konstituts für das Problem des Eigentumserwerbes durch Stillvertretung spräche.

Nach RG. Bd. 56, 52 tritt der Eigentumsübergang auf den Vertretenen ein, „falls der Vereinbarung entsprochen wäre", RG. Bd. 73, S. 415 (ebenso: RG., in Gruch. Beitr. Bd. 53, S. 1045 ff., insbesondere S. 1049), verlangt „eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung, die den Uebertragungswillen erkennbar macht". Aus diesen Entscheidungen läßt sich noch nicht klar entnehmen, ob das RG. hierunter nur Ausführungshandlungen versteht, die geeignet sind, dem Veräußerer und überhaupt dritten Personen zur Kenntnis zu gelangen. [44]) Eine solche Auffassung des Rgs. scheint allerdings ans dem Umstand zu erhellen, daß die Forderung von äußerlich in die Erscheinung tretenden Ausführungshandlungen des Mittlers vornehmlich aus Gründen der Verkehrssicherheit erhoben wird.

Ausdrücklich indessen kennzeichnet RG. in JW. 1912, S. 797 ff. den Standpunkt des RG. Es erläutert nämlich die angeführten Entscheidungen dahin, „daß es schon genüge, wenn der Wille des Anschaffenden, die neuerworbenen Gegenstände als Eigentum des Vertragsgegners zu besitzen, f ü r d i e s e n erkennbar in die Erscheinung trete; daß die Eigentumsübertragung a u c h f ü r D r i t t e ersichtlich sei, könne bei dem gesetzlich als Ersatzmittel für eine körperliche Uebergabe zugelassenen Besitzkonstitut nicht gefordert werden".

Ebenso bejahen auch die in späteren Jahren erfolgenden Urteile [45]) — teilweise unter Berufung auf den in früheren Entscheidungen niedergelegten Rechtsstandpunkt — den endgültigen Eigentumsübergang auf den Vertretenen, „wenn der Wechsel überhaupt und sei es auch nur für einen mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbar war". Unter diesen Voraussetzungen soll also g l e i c h z e i t i g mit dem Erwerbe des Ver-

---

[43]) Planck u. Staudinger, a. a. O.; das RG. in vielfachen Entsch.: RG. Bd. 56, 52; Bd. 73, 415; in: JW. 1907, S. 747; RG. in Gruch. Beitr. Bd. 53, S. 1045—49; RG. Bd. 116, S. 202; in: JW. 1917, S. 217 Nr. 6; RG. in Strafsachen Bd. 62, S. 31 ff.; OLG. Hamburg in: OLG. Bd. 26, S. 48; u. a. anders: Enneccerus § 167, III und v. Tuhr, in Jherings Jahrb. Bd. 48, S. 47 ff. —

[44]) Das Gleiche gilt für RG. Bd. 63, S. 16 ff. u. 405 ff. —

[45]) zB. RG. in JW. 1917, S. 217 Nr. 6; RG. Bd. 99, S. 208 Abs. 2; Bd. 100, 192; Bd. 109, 167; RG. in Strafsachen, Bd. 62, S. 31 ff. —

treters dem Vertretenen das Eigentum zufallen.

Die Ansicht, daß dem Verkehrsbedürfnis durch eine Erkennbarkeit für die Beteiligten hinreichend gedient sei, ist zu billigen. Die Notwendigkeit, dritten Unbeteiligten die Ausführungshandlung kundbar zu machen, kann nicht anerkannt werden, zum mindesten steht diesem Interesse Sinn und Zweck des antizipierten Konstituts, das Eigentum möglichst schnell weiter zu übertragen, entgegen. Aber auch der Veräußerer bedarf dieser Wahrnehmung nicht. Allerdings will das RG. im Bd. 100, 192 [46]) die Konstruktion nur angewandt wissen, wenn dem Veräußerer die Person dessen, für den der Empfänger der Sache erwirbt, gleichgültig war. Diese Einschränkung ist aber hier unverständlich und in keiner Weise gerechtfertigt. Des Nachweises der Gleichgültigkeit des Veräußerers an einer bestimmten Erwerbsperson [47]) bedürfte es allerdings, falls das RG. in diesem Urteil für einen unmittelbaren, sofortigen Eigentumserwerb des Vertretenen einträte, wie Hoeniger [48]) und Loewenwarter [49]) das annehmen.

Man könnte auch geneigt sein, dem beizustimmen, wenn man die Entwicklung betrachtet, die die Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Frage des Eigentumserwerbs bei stiller Vertretung genommen hat. Diese zeigt nämlich bereits seit dem gemeinen Recht (vor allem RG. Bd. 30, S. 142 ff.; Bd. 11, 128 berücksichtigt nur den Besitzerwerb) unverkennbar die Absicht, unter allmählicher Beseitigung der auf den Gebieten des Besitzerwerbes und der Einigung bestehenden Schwierigkeiten zu der Annahme eines Traditionsaktes zu gelangen. Diese Tendenz hatte schließlich bis zu der Anerkennung der Konstruktion des antizipierten Konstituts geführt, in der der Zwischenerwerb des Vertreters auf einen nur theoretisch noch erfaßbaren Augenblick zusammengedrängt wurde. [50]) Der letzte Schritt war nur noch zu tun, um zu der Konstruktion eines unmittelbaren Eigentumserwerbs vorzudringen; ihn scheint die Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 11. Juni 1920, RG. Bd. 99 S. 208 zu bedeuten, die knapp 5 Monate vor dem Urteil vom 2. November 1920 in Bd. 100, 192 einen gleichgelagerten Fall behandelte.

Im ersten Abs. von Bd. 99, S. 209 weist nämlich das RG. auf die Möglichkeit auch eines unmittelbaren Eigentumsübergangs bei mangelndem Interesse des Veräußerers an der Person des Erwerbers hin, läßt sich jedoch nicht weiter auf eine nähere

---

[46]) Ebenso: Bd. 109, 167, das sich auf Bd. 100, 192 aber lediglich beruft.

[47]) Ueber dies Erfordernis später. —

[48]) Hoeniger, in: JW. 1926, S. 246 zu Nr. 3 u. 1927, S. 627 ff; 1928, S. 1730 zu Nr. 10. —

[49]) Lehrkomm. zu § 164 u. z. § 929. —

[50]) Vgl. z. B. die schon erwähnten RGE. in JW. 1912, S. 797 ff. u. JW. 1917, S. 217 Nr. 6; RG. Bd. 98, S. 131 ff. (134). —

Begründung ein, sondern springt im zweiten Absatz sogleich auf das in ständiger Praxis vorher vertretene antipizierte Konstitut über, das es ebenfalls für richtig hält, weil es im konkreten Tatbestande zu dem gleichen Ziele führe.

Man hätte nun annehmen sollen, das RG. hätte auf den hier hervortretenden Gedanken des direkten Erwerbs des Vertretenen zurückgegriffen, ihn weiter ausgebaut und konstruktiv zu rechtfertigen gesucht. Das ist aber nicht der Fall und RG. Bd. 100, 192 insofern ein Rückschlag. Der Senat weicht der Konstruktion des unmittelbaren Uebergangs aus und hält an der Auffassung des doppelten Traditionsaktes fest; denn einmal spricht er aus, der Vertretene werde erst „vermittels Besitzkonstituts“ [51]) Eigentümer und bezieht sich dann weiter zum Beweise für die Richtigkeit seines Rechtsstandpunktes auf die auch hier schon genannten Entscheidungen, die die Möglichkeit eines im gleichen Augenblick mit dem Eigentumserwerb des Vertreters kraft vorher vereinbarten Konstituts sich vollziehenden Eigentumsübergang auf den Vertretenen bejahen.

Zudem sei zur Stützung der hier vertretenen Auslegung verwiesen auf die Ausführungen des RG. im Urteil vom 10. XII. 1927 in: JW. 1928, S. 561 Nr. 9, in denen es die von dem Berufungsgericht vorgenommene Deutung der Entscheidung Bd. 100, 192 gutheißt. Das Berufungsgericht stellt den in Bd. 100, 192 geschilderten rechtlichen Vorgang aber nicht als unmittelbare Eigentumsübertragung an den Vertretenen dar, sondern als einen gleichzeitig mit dem Erwerb des Vertreters vollendeten weiteren Eigentumsübergang auf den Vertretenen.

Ist also das Eigentum nicht direkt von dem Veräußerer, sondern von dem Stellvertreter, der einen, wenn auch praktisch unbeachtlichen Moment Eigentümer war, auf den Vertretenen übergegangen, so kommt es nicht darauf an, ob es für den Veräußerer ohne Belang gewesen ist, wer Eigentum erwarb. [52]) Das verkennt Hoeniger in JW. 1928, S. 1730 zu Nr. 10, wenn er meint, das Urteil gehe auf diese Voraussetzung nicht näher ein, da sie gegeben sein dürfte.

Als Voraussetzungen eines Eigentumserwerbes des Vertretenen durch antizipiertes Besitzkonstitut kommen somit, um die bisherigen Erörterungen zusammenzufassen, nur eine zwischen Vertreter und Vertretenem bestehende Vereinbarung gemäß § 868 und die für einen mit den Verhältnissen Vertrauten Erkennbarkeit des Ausführungswillens des Vertreters in Betracht.

Der Nachteil dieser Konstruktion für die Frage des Eigentumserwerbs durch Stillvertretung ergibt sich aus dem mit ihr

---

[51]) Dieselben Worte gebraucht auch RG. Bd. 109, S. 167, nach dem ebenfalls die Gleichgültigkeit des Veräußerers wesentlich sein soll. —

[52]) So zutreffend, das RG. in: JW. 1928, S. 561 Nr. 9. —

unvermeidlich verbundenen doppelten Traditionsakt. Wenn dieser praktisch auch nicht in die Erscheinung tritt, da der Vertretene in demselben Augenblick, in dem die Sache dem Vertreter übergeben wird, Eigentum erwirbt, so ist doch nicht zu übersehen, daß der Vertretene sein Eigentum von dem Vertreter als Rechtsvorgänger ableitet. Die daraus entstehenden Folgen können einerseits für den Vertretenen einen ungerechtfertigten Vorteil bedeuten, insofern er z. B., selbst wenn der Vertreter wegen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Willenserklärung des Veräußerers nicht Eigentümer geworden ist, kraft guten Glaubens Eigentum zu erlangen (§ 933) und dies sich auch zu erhalten vermag, weil er durch guten Glauben (§ 142, II BGB.) gegen die Wirkung der Anfechtbarkeit geschützt ist; [53]) andererseits können aus der Anerkennung dieser Konstruktion Schäden für den Vertretenen erwachsen, weil die Wirkung des Vertretergeschäfts mängelbehaftet auf ihn übergehen kann. [54])

Weiter wenden sich einige [55]) gegen diese Lehre vom Zwischenerwerb der Mittelsperson, weil sie in den Fällen versage, in denen der Vertreter Besitzdiener sei, denn Besitzer könne der Vertreter als Besitzdiener nicht werden, die Einigung dagegen wirke zwischen ihm und dem Veräußerer. Da beide Gültigkeitserfordernisse für die Eigentumsübertragung sich also weder in der Person des Vertreters noch der des Vertretenen vereinigten, schwebe das Eigentum in der Luft.

Hierin steckt nur ein p r a k t i s c h richtiger Kern. Streng genommen erwirbt der Besitzdiener zunächst nicht als Besitzdiener, d. h. mit dem Willen, für den anderen die tatsächliche Gewalt auszuüben, sondern als Eigenbesitzer. Nur wandelt sich im gleichen Augenblick vermöge des allerdings nur für Beteiligte erkennbaren Willens des Vertreters der Eigenbesitz in Besitzdienerschaft um. So schildert das RG. in Bd. 99 S. 208 (210) zutreffend den rechtlichen Vorgang im Falle des Erwerbs durch Besitzdiener. Wie wenig aber entspricht eine solche Konstruktion den Anschauungen des Verkehrs! Man legt hier dem Vertreter einen Willen zum Eigenerwerb bei, den dieser regelmäßig gar nicht haben wird. Die theoretisch unterstellte Willensumwandlung wird in einem juristisch nicht geschulten Vertreter nicht stattfinden; er will meist von v o r n h e r e i n für den andern erwerben. Das Gleiche muß aber gelten, wenn der Vertreter Besitzmittler, gemäß § 868 ist; auch hier ist ein anfänglicher Eigenbesitzerwerbswille und seine gleichzeitige Umwandlung in

---

[53]) v. Tuhr II, 2 § 84, S. 349 u. Anm. 98; Stintzing, a. a. O. S. 147.

[54]) Manigk. im Hdwb. f. Rechts-Wiss. Bd. III: „Interessenjurisprudenz", S. 312. —

[55]) so z. B.: Richter, Uebereignung an „wen es angeht" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, S. 103—104, Anm. 1; Haack. Das Geschäft wen es angeht, S. 19. —

einen Fremdbesitzerwerbswillen eine reine Fiktion und der Wirklichkeit fremd.

Wegen all dieser Schwächen ist die Theorie des Uebergangserwerbs über den Vertreter abzulehnen, da sie für die Frage des Eigentumserwerbs durch Stillvertretung eine einwandfreie Lösung nicht zu bringen vermag. Es muß daher das Bestreben sein, den Zwischenerwerb des Vertreters ganz auszuschalten und durch eine rechtlich begründete Konstruktion den sofortigen unmittelbaren Eigentumsübergang von dem Veräußerer auf den Vertretenen sicherzustellen.

Zweiter Teil.

Die Versuche, unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen bei Stillvertretung zu begründen.

Kapitel I.

Durch eingehende oder ausdehnende Auslegung des § 164 BGB.

§ 5.

Diese Versuche, zu einem billigeren Ergebnis zu gelangen, gingen zunächst von dem Wortlaut des § 164 selbst aus und suchten durch einengende oder ausdehnende Auslegung ihr Ziel zu erreichen.

So meint Eck,[56]) der Abs. II des § 164, der den Schutz des Geschäftsgegners des nicht erkennbar als Vertreter Aufgetretenen bezwecke, sei auf das Verhältnis zwischen dem Vertreter und seinen Vertragsgegner zu beschränken. „Dem Gegner gegenüber" könne sich daher der Vertreter auf den nicht erkennbaren Vertretungswillen nicht berufen, wohl aber komme dieser geheime Vertretungswille außerhalb des Verhältnisses zwischen den beiden Kontrahenten in Betracht. Nach dieser Auffassung würde also im Verhältnis zum Gegner der stille Vertreter als Eigentümer gelten, während Dritten gegenüber der Vertretene das Eigentum erlangt hat.[57])

Gegen diese Ansicht Ecks hat sich besonders Planck-Flad[58]) gewandt, indem dort hervorgehoben wird, daß § 164, II nicht bloß zum Schutze des Dritten, sondern auch des Vertreters

---

[56]) Vorträge über das bürgerliche Recht, S. 179 ff. —

[57]) Anhänger Ecks, teils mit anderer Begründung: David, im Recht 1901, S. 506 ff; Kuhlenbeck, Allg. Teil zu § 164 Anm. 3 S. 112; Fischer-Henle, Allg. Teil, Erl. 7 zu § 164; Langen, a. a. O. S. 98 ff. —

[58]) Zu § 164 Anm. —

bestimmt sei, und daß die von Eck geltend gemachten Gesichtspunkte dahin führen würden, besondere Vorschriften über sog. mittelbare Stellvertretung anzunehmen. „Dann würde aber eine Vorschrift wie die von Eck verteidigte nicht genügen, vielmehr wären noch Vorschriften zum Schutze des Dritten erforderlich, welcher sich mit dem Vertreter in dem Glauben eingelassen hätte, daß derselbe im eigenen Namen handele".

Dabei verkennt aber Planck, ebenso wie die weiteren Bekämpfer [59]) der Eckschen Auffassung, daß Eck, wie sich aus seinen Ausführungen erkennen läßt, unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen nur dann eintreten lassen will, wenn dem Uebergebenden die Person des Erwerbers gleichgültig sei und ein entgegengesetzter Wille des Vertretenen nicht bestehe, sodaß solche Ausnahmevorschriften für eine mittelbare Stellvertretung gar nicht erforderlich sind. [60]) [61])

Mit Recht leitet O e r t m a n n [62]) Bedenken gegen die Lehre Ecks aus der Erwägung her, daß dieser von Eck vorgeschlagene Weg zu einer Duplizität des Eigentums führe; habe der Vertreter Eigentum erworben, so sei er auf Grund der dinglichen Wirkung des Eigentums Eigentümer gegenüber jedem Dritten, also auch im Verhältnis zu seinem Auftraggeber.

Aber auch aus formellen Gründen ist den Ausführungen Ecks nicht zu folgen, da er sich damit in offenen Widerspruch zu der Vorschrift des § 164, II setzt, denn die Worte „dem Gegner gegenüber" stehen nicht da. [63])

Muß man also aus diesen konstruktiven Gründen der Theorie Ecks die Anerkennung versagen, so sei doch hervorgehoben, daß diese Lehre wegen ihrer begrüßenswerten Berücksichtigung der Forderungen der Billigkeit und der Anschauungen des Verkehrslebens nicht ohne Nachhall geblieben ist. Auf die Anerkennung der Praktikabilität des Ergebnisses laufen auch die zustimmenden Ausführungen J u n g s [64]) hinaus. Allerdings wird der Weg der juristisch-dogmatischen Rechtfertigung wesentlich verschie-

---

[59]) Enneccerus-Lehmann 1911, Allg. Teil, S. 441; Fr. Leonhard, S. 12 ff. 48 ff. u. 98 ff.; Dernburg I 1902 § 168, II; Neumann, Hdausg. d. BGB. 1900, S. 91; Rehbein, Das bürgerl. Gesetzb. Bd. I 1899, S. 25; Matthiaß, Lehrb. z. BGB. I § 56, S. 213; Biermann, Sachenr. z. § 929, S. 136.

[60]) Rümelin, S. 215 ff. —

[61]) Die Heranziehung der Kommissionsberatungen (Protokolle, Bd. II, S. 370 ff.) zur Widerlegung der Ansicht Ecks, wie das in RG. Bd. 58 S. 276 geschieht, kann allein nicht von durchschlagendem Erfolge sein, da dadurch zwar der Nachweis gelungen ist, daß rechtliche Beziehungen zwischen mittelbar Vertretenem und Gegenkontrahenten nicht bestehen, keineswegs aber eine Entscheidung darüber getroffen ist, wohin denn der E r w e r b fällt (Richter, S. 63). —

[62]) Allg. Teil zu § 164, 1d. —

[63]) Rümelin, a. a. O., S. 214; Lehmann, Allg. Teil d. BGB. § 36, II 2b; vgl. a. neuerdings Cohn, a. a. O., S. 149. —

[64]) In d. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 47, S. 224 Anm. 64. —

den von dem sein, den Eck eingeschlagen hat, um zu dem Ziele (unmittelbarer Eigentumserwerb des Vertretenen bei Stillvertretung) zu gelangen.

Zunächst sei noch ein weiterer Versuch, rechtliche Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Vertretenen auf dem Wege einengender Auslegung des § 164 zu schaffen, erwähnt.

Cosack[65]) und Kipp[66]) vertraten nämlich früher den Standpunkt, daß der nicht erkennbar als Vertreter Aufgetretene nicht nur sich durch sein Handeln berechtige und verpflichte, sondern daß auch noch „konkurrierende Rechtsbeziehungen" zwischen dem Vertretenen und dem Dritten geschaffen würden.[67])

Diese Ansicht, daß der Dritte sich nach seiner Wahl an den Vertreter oder an den Vertretenen halten könne, ist mit Recht auf das schärfste angegriffen worden. Einerseits benachteiligt diese Auffassung den Geschäftsgegner, der einen unbestimmt gehaltenen Willen, ob je nach den vorhandenen inneren Beziehungen das Geschäft für den Vertreter oder den Vertretenen gelten soll, nicht besitzt, wenn ihn plötzlich ein Unbekannter mit der Erklärung in Anspruch nehmen kann, der Vertreter habe das Geschäft „für ihn" abschließen wollen. Andererseits aber erlangt der Dritte einen durch nichts begründeten Vorteil, wenn er sich noch an einen zweiten Schuldner halten kann, worauf er selbst gar nicht gerechnet hatte. Auch geht aus dieser Ansicht nicht hervor, wie sich das Verhältnis bei „dinglichen Erwerbsgeschäften gestalten soll, da in Beziehung auf absolute Rechte doch keine konkurrierenden Rechtsbeziehungen entstehen können".[68]) Durch die Wucht dieser Beweise gedrängt, haben Cosack[69]) und Kipp[70]) selbst später von dieser Meinung gelassen.

§ 6.

Während nun die erwähnten Autoren den § 164 einengend auslegen wollen, befürwortet Rümelin dessen Ausdehnung.

Rümelin bejaht zunächst in längeren Erörterungen[71]) die Möglichkeit der Abmachung, der Vertreter könne für sich oder

---

[65]) BGB. I 1898 § 66 I, 1c. —

[66]) Kipp zu Windscheid, Pand. Lehrb. 8. Aufl. § 73. —

[67]) Aehnlicher Auffassung Rehbein, Bem. I, 3b zu §§ 164—181; Brach, im Recht 1901, S. 558; Fischer-Henle zu § 164, Erl. 7. —

[68]) Vgl. Rümelin S. 208 ff.; vgl. ferner dagegen: Enneccerus, § 167, II Anm. 4; Dernburg § 168 Anm. 9, 10, 11; Manigk, WE. S. 155, 169; Schlossmann Bd. II, S. 343; v. Tuhr III, S. 347; Goldmann-Lilienthal, S. 200; Staudinger z. § 164, 3b; Planck z. § 164 Nr. 3. RG. Bd. 58, 276. —

[69]) 7. Aufl. 1922 § 101. —

[70]) 9. Aufl. § 73. —

[71]) Rümelin, S. 221—229.

einen anderen handeln, den es nach der augenblicklich schon vorhandenen, allerdings dem Vertragsgegner zur Zeit nicht bekannten Sachlage angeht. Daraus folge, daß auch dann das Resultat das gleiche sein müsse, wenn „im Vertrage ausdrücklich unbestimmt gelassen werde, ob Gegenkontrahent der mit dem Gegner Verhandelnde oder ein von ihm Vertretener sein soll". Das Handeln im fremden Namen brauche nicht mit völliger Bestimmtheit erklärt zu sein. Dies beanspruche aber auch Geltung in den Fällen, in denen es an einer diesbezüglichen ausdrücklichen Vereinbarung zwar fehle, sich aber aus den Umständen auf einen derartigen Willen des Tradenten schließen lasse. Die Frage, in welchen Fällen man einen solchen objektiven Sinn zu Grunde legen müsse, beantwortet Rümelin dadurch, daß bei den sachenrechtlichen Rechtsgeschäften der Inhalt der Traditionserklärung in der Regel dahin zu verstehen sei: „Ich übergebe Dir für Dich, oder einen anderen, den es angeht". „Dementsprechend" — fährt er fort — „ist auch der Inhalt der Empfangserklärung gestaltet, und mit diesem unbestimmten Hinweis auf ein mögliches alterius nomine agere ist dem Erfordernis des § 164 genügt". [72])

Die Hervorkehrung des Gesichtspunktes, daß es Fälle gebe, in denen dem Veräußerer an einer bestimmten Erwerbsperson nichts gelegen sei, ist bei Rümelin mit aller Deutlichkeit erfolgt. Neu ist allerdings dieser Gedanke nicht, da schon Bremer [73]) davon spricht, daß bei der Entäußerung die Willenstätigkeit des Tradenten sowohl hinsichtlich des Objektes wie des Subjektes unbestimmt und allgemein sein könne, und ferner auch aus den Ausführungen Ecks [74]) sich entnehmen läßt, daß er nur bei Uninteressiertheit des Tradenten die von ihm aufgestellte Konstruktion empfiehlt. Zu weit geht allerdings Rümelin, wenn er „in der Regel" ein solches Desinteresse des Veräußerers unterstellt. [75]) Trotzdem ist aber anzuerkennen, daß man bei Traditionsgeschäften ein Interesse des Tradenten an der Person des Erwerbers seltener antreffen wird als bei anderen Verträgen. [76])

Die Annahme, daß bei Leistungsgeschäften im Gegensatz zu den Verpflichtungsgeschäften auf eine Uninteressiertheit des

---

[72]) Rümelin, S. 229—231. —

[73]) In: Lindes Ztschr. f. Zivilrecht u. Prozeß, Bd. 20 S. 24 ff; 53, 65; gegen Brinz: (Lehrb. d. Pandektenrechts, 2. Aufl., 1892, S. 520) und Savigny (Das Recht des Besitzes, S. 306).

[74]) Eck, a. a. O. —

[75]) Rümelin, S. 229; so auch Fleck im Arch. bürgerl. Recht, Bd. 15, S. 375; Regelsberger, in Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 405; RGR. Komm. Erl. 3 zu § 929. —

[76]) Lenel, in Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 43 ff.; Jung, Ztschr. f. Handelsrecht, S. 191 ff.; Oertmann z. § 164 1e. —

Tradenten an einem bestimmten Erwerber vielfach zu schließen ist, rechtfertigt sich durch Wesen und Zweck der Leistungsgeschäfte.

Ziel des Veräußerers ist bei der Uebereignung, sich von der eingegangenen Verpflichtung zu der Leistung zu befreien. Das erreicht er aber dadurch, daß er dem Empfänger das Eigentum an der Sache überträgt, d. h. das gegen Jedermann wirkende Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Ueberträgt er also solchergestalt das unbeschränkte Verfügungsrecht auf den Erwerber, so ist somit auch ihm jegliche Zugriffsmöglichkeit auf die Sache kraft des in der Person des Erwerbers neu entstandenen dinglichen Rechts benommen, er kann nicht verhindern, daß der Erwerber sie weiterveräußert. Der Zeitpunkt, in dem diese Weiterveräußerung erfolgt, spielt dabei keine Rolle; sie kann bereits alsbald nach der Uebergabe vorgenommen werden, sodaß sich der Tradierende schon in diesem Augenblick nicht mehr an den Gegenstand als Vollstreckungsobjekt halten kann. [77])

Hier wird nun von Fr. Leonhard [78]) eingewandt, die Weiterveräußerung von Sachen von erheblichem Werte zu einem angemessenen Preise sei so schnell gar nicht möglich, gegen Verschleuderung aber sei der Veräußerer, wenn er als Gläubiger in der gegen den Erwerber betriebenen Zwangsvollstreckung auftrete, durch Anfechtung gemäß § 3 Ziff. 2—4 d. Anfechtungsgesetzes geschützt. Hieraus ergebe sich, daß der Veräußerer ein Interesse an dem Eigentumserwerb einer bestimmten Person habe, da ihm dadurch die Möglichkeit in die Hand gegeben werde, sich an die tradierte Sache als Verwertungsobjekt in der Zwangsvollstreckung zu halten.

Dagegen ist zu erwidern, daß auch Sachen von hohem Werte alsbald nach der Uebereignung zu angemessenem Preise weiterveräußert werden können, nämlich immer dann, wenn der Käufer zum Erwerb dieser Sache von einem Dritten beauftragt war, was bei Vertretung die Regel bilden wird. [79]) Die Voraussetzungen einer Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz sind hier nicht gegeben.

Sodann ließe sich einwenden, der Veräußerer könne aus einem weniger materiellen Gesichtspunkt ein Interesse an einer bestimmten Erwerbsperson haben. So wird z. B. bei einem Pferdekauf dem Tradenten durchaus nicht gleichgültig sein, wer die Pferde erwirbt. Vielmehr wird er Wert darauf legen, daß die Tiere, vor allem wenn es Rassetiere sind, auch in gute Behandlung kommen.

---

[77]) Bremer, a. a. O., S. 72; Jung, a. a. O. —
[78]) Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. S. 29 ff. —
[79]) Langen, a. a. O., S. 100 Note 1. —

Dieses Bedenken scheidet sofort aus, wenn die Pferde an einen Händler veräußert werden; hier müssen die Veräußerer damit rechnen, daß die Pferde ihren Besitzer und Eigentümer bald wechseln werden. Sie haben also insofern kein besonderes Interesse daran, wer Eigentümer wird. So hat auch das RG. [80]) betont, daß in einem solchen Falle den Veräußerern gleichgültig sei, wer das Eigentum an den Pferden erwerbe, „da die Veräußerer mit dem Bewußtsein verkauften und übereigneten, daß der Erwerber sie nicht behalten, sondern sie weiterveräußern wolle". Es ist im Handelsverkehr dem Handeltreibenden nicht so sehr um die Person des Erwerbers zu tun, im Vordergrund steht doch stets die nüchterne, von Gefühlsmomenten losgelöste Erwägung, für das eigene Aufopfern wirtschaftlicher Werte möglichst hohen materiellen Gewinn zu erzielen. [81])

Aber auch der ideelle Wunsch des Veräußerers, das veräußerte Rassetier nur in der Behandlung des als Pferdeliebhaber bekannten Vertragsgegners zu wissen, kann gegenüber der Natur des Eigentums als ausschließlicher Sachherrschaft keine Berücksichtigung finden. Dies Interesse des Tradenten vermag für den Erwerber nicht die Verpflichtung zu erzeugen, sich einer Weiterveräußerung des Pferdes zu enthalten. Will sich der Tradent dagegen schützen oder ist ihm darum zu tun, sich den Zugriff auf die Sache zu sichern, so hat ihm das Gesetz durch die Mittel der Veräußerungsverbote und des Eigentumsvorbehalts wirksame Handhaben gegeben, wodurch er seinem Interesse, auf die Sache zurückzugreifen, Ausdruckverleihen kann. Diese Fälle sind jedoch als Ausnahmefälle zu werten; mangels dahinzielender Abmachungen muß man auf den Willen des Veräußerers, unbeschränkte Sachherrschaft zu übertragen, schließen. Wenn also der Tradent nach Uebertragung des Volleigentums nicht hindern kann, daß der Vertreter die Sache unmittelbar nach der Uebergabe weiterveräußert, so tut es den Belangen des Veräußerers auch keinen Abbruch, wenn das Eigentum überhaupt nicht erst auf den Vertreter übergeht, sondern sogleich auf einen von diesem Vertretenen. [82])

Weder in materieller noch in ideeller Hinsicht stehen also irgendwelche Interessen des Veräußerers in Frage; man wird daher sagen können, daß sein Wille bei Leistungsgeschäften auf eine bestimmte Erwerbsperson nicht gerichtet sein wird, sofern sich nicht anderes ausdrücklich oder schlüssig aus den Umständen ergibt. Wann die eine oder andere Willenslagerung beim Veräußerer gegeben ist, beurteilt sich entsprechend dem bei der Auslegung aller Willenserklärungen geltenden Grundsatz vom

[80]) RG. Bd. 99, S. 208 ff. (S. 209). —
[81]) Langen, a. a. O., S. 25; RG., a. a. O. —
[82]) Vgl. Jeroschewitz, a. a. O., S. 66. —

Standpunkt des Erklärungsgegners, also nach dem, was der Vertreter der Erklärung des Veräußerers als Sinn entnehmen konnte und mußte. [83]) Ob ein Uebereignungswille an den, den es angeht, vorliegt, ist daher jeweils von Fall zu Fall zu prüfen. [84])

Hierbei einen Unterschied zwischen Bargeschäften und Kreditgeschäften zu machen, wie das häufig geschieht, [85]) ist nicht gerechtfertigt. Ueberträgt der Veräußerer bei einem Kreditgeschäft Volleigentum, so hat er sich damit der rechtlichen Herrschaft über die Sache in demselben Maße entäußert wie bei einem Bargeschäft. Das ist folgerichtig ebenfalls aus dem im Vorstehenden untersuchten Wesen des Eigentums und dem lediglich auf Befreiung von der Verbindlichkeit gerichteten Zweck seiner Uebertragung zu schließen. Würde man auch hier unterstellen, der Vertreter erwerbe zunächst Eigentum, so würde das dem Veräußerer nicht viel nutzen, da die Natur des Eigentums als unbeschränkte Sachherrschaft auch dann unberührt bleiben muß, wenn der Tradent die Gegenleistung noch nicht empfangen hat. Der Veräußerer ist darauf angewiesen, auf das obligatorische Verhältnis zwischen ihm und dem Mittler zurückzugreifen, um zu seinem Gelde zu kommen. Das ist des Veräußerers Geschäftsrisiko; er brauchte sich auf ein Kreditgeschäft ja nicht einzulassen. Die Gegenansicht beruht auf einer Vermischung von obligatorischem Kausalgeschäft und dinglichem Erfüllungsakt. [86])

Abgesehen davon, daß es dem Wesen des Eigentums widerspräche, würde man die Kreditgeschäfte anders als die Bargeschäfte behandeln, so wird unser Ergebnis auch noch bestätigt durch die Feststellung, daß ein erhöhtes Interesse des Veräußerers an dem Vertreter als bestimmten Erwerbsperson gar nicht anzuerkennen ist. An sich zwar könnte dem Veräußerer z. B. im Konkurse des Vertreters daran gelegen sein, die Konkursmasse um den von ihm tradierten Gegenstand vergrößert zu sehen. Da aber der Vertreter einen Kreditkauf nur abzuschließen pflegt, wenn ihm die für den Kauf erforderlichen Geldmittel von dem Geschäftsherrn mitgegeben worden sind, so fällt der Erstattungsanspruch gegen den Herrn als nominell gleich hochwertiges Aktivum der Konkursmasse zu. Dieser Er-

[83]) R. Leonhard, Allg. Teil, S. 350; Manigk, WE. S. 160, 378, 444, u. a. m.; Jung, b. Stammler, S. 576 ff. Cohn, a. a. O. S. 162; a. A.: Oertmann, Vorbem. z. § 104 Erl. 9, 1 u. 11 bß; Staudinger, Allg. Teil, III. Abschn. Erl. 3b, c. —

[84]) so: Planck z. § 164 Erl. 5b, S. 435; Oertmann z. § 164 Erl. 1e; Staudinger z. § 929 Erl. IV. 2b; Kuhlenbeck z. § 929, Erl. 2; Langen, S. 102; Cohn, S. 161 ff. (163). —

[85]) z. B. Staudinger z. § 929, IV, 2b, ß; Brodmann, in Ehrenb. Hdb. Bd. IV., S. 145; Hoeniger, in JW. 1927, S. 628; auch Cohn, S. 164 ff. —

[86]) Vgl. Richter, a. a. O., S. 132; Hempel, Eigentumsübergang beweglicher Sachen. S. 29 ff. —

stattungsanspruch bildet für das erst im Konkursfalle erwachende Interesse des Veräußerers eine hinreichende Sicherung; außerdem noch den Vermögensgegenstand selbst der Konkursmasse zuzusprechen, hieße den Schutz des erst später entstandenen Interesses des Veräußerers über Gebühr vergrößern, das von vornherein vorhandene Interesse des Vertretenen aber in nicht zu billigender Weise hintansetzen.[87])

Diese Erwägungen zwingen somit zu dem Schlusse, daß auch in diesen Fällen der Tradent kein schutzwürdiges Interesse daran haben kann zu wissen, wer das von ihm aufgegebene Eigentum erwirbt.

Hat also im Einzelfalle die Traditionsofferte den Sinn: „Ich übergebe dir für dich oder einen anderen, den es angeht", so kann man Rümelin darin aber keineswegs beipflichten, daß dementsprechend auch der Inhalt der Empfangserklärung gestaltet sein solle. Das hieße den aus den Umständen erhellenden Sinn der Erklärung einer Vertragspartei auch zu dem der Erklärung der anderen Partei machen, bloß weil diese geschwiegen hat.[88]) Das aber ist unmöglich.

Der Annahmewille des Vertreters muß, wenn man — wie Rümelin das tut — in der Annahme bei der Tradition stets eine Willenserklärung erblickt, dem anderen Teile erkennbar zum Ausdruck gebracht sein, um positive Rechtswirkungen zu erzeugen. Die Auslegung dieses Rechtsfolgewillens kann nur von der Würdigung dieses äußeren Verhaltens ausgehen.[89]) nicht ist es möglich, als Indiz für die Willensrichtung des Vertreters, der geschwiegen hat, den Sinn der aus objektiven Umständen erkennbaren Erklärung des Vertragsgegners heranzuziehen. Mit einer derartigen Interpretation, die einen solch unbestimmten Hinweis auf ein „mögliches alterius nomine agere" für hinreichend erklärt, ist dem Erfordernis des § 164 nicht gedient.

Rümelin bestimmt weiter die Richtung des Eigentumserwerbes nach dem dem Kausalverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter zu Grunde liegenden Inhalt, es sei denn, daß der Vertreter ausdrücklich etwas anderes erklärt hat. Auch in diesem Punkte kann man sich Rümelin nicht unbedingt anschließen; es würde dieses Prinzip dazu führen, daß ein Beauftragter stets seinem Auftraggeber erwerben müßte, wenn er nicht gerade dem Willen, für sich zu erwerben, Ausdruck verleiht. Wie aber schon wiederholt hervorgehoben wurde, ist der Erfolgswille der Kern des Rechtsgeschäfts. Ob der Handelnde

---

[87]) Petri, im Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 111, S. 377—378; Richter, S. 132—133. —

[88]) Richter, S. 107—108. —

[89]) Manigk, in: Reichsgerichtspraxis, Bd. VI, S. 163—168 ff. —

als Vertreter tätig wird, bestimmt sich daher in erster Linie durch den erkennbaren Vertretungswillen, nicht kann das Kausalverhältnis allein von ausschlaggebender Bedeutung sein.[90] [91] Das Kausalverhältnis ist von Wichtigkeit nur für die Auslegung der Vertretererklärung als solchen.

Wenn Rümelin den Vorteil dieser Konstruktion darin erblickt, daß der Vertretene gegen „fraudulose Handlungen" des Vertreters wirksam geschützt werde,[92] [93] so sei nur hervorgehoben, daß es selbst der idealsten Rechtsordnung nicht gelingen wird, in jedem Falle vor einem durch betrügerisches Handeln drohenden Schaden zu bewahren. Schenkt man einer Person Vertrauen, so geht man damit ein Risiko ein; man läuft Gefahr, daß sie sich später als des Vertrauens unwürdig erweist. Dem wird sich aber jede im Verkehrsleben stehende Person mehr oder weniger aussetzen.[94]

Kapitel II.

Die Versuche, unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen unter Ausschaltung des in § 164, II niedergelegten Offenheitsprinzips zu konstruieren.

§ 7.

Die Ansicht derer, die den §§ 164 ff. die Anwendung auf Uebereignungsgeschäfte ganz allgemein versagen.

Durch einengende oder ausdehnende Auslegung des Wortlautes des § 164 wird man, wie die angeführten Versuche ergeben haben, schwerlich zu dem erstrebenswerten Ziele gelangen, auf den Vertretenen auch durch die Erwerbshandlung eines Stillvertreters unmittelbar Eigentum übergehen zu lassen.

Man glaubte daher im Folgenden radikaler vorgehen zu müssen und suchte daher unter den verschiedenartigsten Be-

[90] Vgl. Manigk, Rechtsgeschäft, S. 404, WE., S. 589. Manigk gegen Rümelin, a. a. O., S. 590 ff.; ebenfalls gegen Rümelin: Enneccerus I, § 167 Anm. 6, der mit Recht hervorhebt, daß bei der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Interessen mit einer „objektivistischen" Methode nur ein unsicheres Kriterium gewonnen sei; vgl. a.: Cohn, a. a. O., S. 165. –

[91] Aehnlicher Ansicht wie Rümelin: Hölder Komm. z. BGB. zu § 164, Erl. 2, S. 357; Endemann, II. Bd. (1905) § 80 Ziffer 2a Nr. 3. –

[92] Rümelin, S. 241. —

[93] Dann wäre also auch, wie Manigk (WE., S. 592) zutreffend hervorhebt, der Vertreter „um dieses Rechtsverhältnisses willen ein für allemal davor gesichert, wegen Unterschlagung in Anspruch genommen zu werden."

[94] Richter, a. a. O. —

gründungen und Gesichtspunkten das Offenheitsprinzip des § 164, II auszuschalten.

Am einfachsten ist die in der Literatur verschiedentlich anzutreffende Methode derer, die den Vorschriften der §§ 164 ff. auf dingliche Geschäfte die Anwendung ganz allgemein versagen, [95]) „weil die Durchführung des Offenheitsprinzips wie der meisten allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte der Natur der Leistungsgeschäfte widerstrebe." [96]) Schon im gemeinen Recht ist von Lenel [97]) eine derartige Ansicht geäußert worden. Auch Jung [98]) vertritt diesen Standpunkt, da nach ihm Besitz- und Eigentumsveränderungen nicht als gewollte Rechtswirkungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen eintreten, sondern nach „gesetzlichen" Voraussetzungen.

Die Erklärung dafür, wie man zu solchen Ansichten hat kommen können, gibt Rümelin. [99]) Er verleiht der Vermutung Ausdruck, daß man den Grund dafür darin finden müsse, daß man die ganze Materie beim Besitzerwerb durch Dritte abhandele. Dabei vergegenwärtige man sich nicht genügend das andere Erfordernis der Eigentumsübertragung, die Einigung, die nach seiner Ansicht einen „wirklichen Konsens, also gegenseitige Willenserklärungen" voraussetzt.

Demgegenüber ist die h. M., [100]) die auch auf die Eigentumsübertragung die Regeln der §§ 164 ff. anwendet, als richtig anzuerkennen. Die Einigung hat rechtsgeschäftlichen Charakter, da sie sich aus Willenserklärungen zusammensetzt. Weil der Angelpunkt der Stellvertretung aber im Willen liegt, so muß die gesetzliche Regelung der Stellvertretung in den §§ 164 BGB. [101]) auf die Einigung angewandt werden. Jede freirechtliche, vom Gesetz sich loslösende Konstruktion ist vollends abzulehnen.

§ 8.

Lösungsversuch der Interessenjurisprudenz.

Groß ist aber die Zahl der Schriftsteller, die in der Regel zwar die Vorschriften der §§ 164 ff. auch auf dingliche Geschäfte übertragen will, jedoch auch nicht verkennen zu dürfen glaubt,

---

[95]) Staudinger-Kober, § 929 Anm. IV, 2b; R. Leonhard, Allg. Teil, S. 467 Nr. 2; Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, S. 5 ff. —

[96]) Bruns, a. a. O., S. 61. —

[97]) Lenel, in Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 1 ff., 73. —

[98]) Jung, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 47, S. 224 Anm. 64. —

[99]) Rümelin, S. 192. —

[100]) Enneccerus I, § 167, II; v. Tuhr, Bd. III, S. 349; Staudinger z. § 873 Bem. I, 2a; Planck III, Bem. 3 z. § 873 u. Erl. 5 z. § 164; RG. Bd. 99. S. 208; RGE. v. 9. Nov. 1919. —

[101]) Wie bereits oben gezeigt. —

daß unter Umständen Sinn und Zweck des Offenheitsprinzips seine Anwendung bei Uebereignungsgeschäften verbieten. Sie gelangen zu diesem Ergebnis durch Abwägen der verschieden gestalteten Interessensphären der an dem Geschäft Beteiligten.

Unter Ausschaltung der Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz wollte man den Bedürfnissen des Lebens dadurch gerecht werden, daß man für die Beurteilung jedes Rechtsverhältnisses die Lage der Interessen heranzog, und danach die Person dessen, den es angeht, zu bestimmen suchte.[102]) Dieses Verfahren, den gesuchten Rechtssatz zu finden „durch soziale Erwägungen, indem die Interessen, welche an seinem künftigen Inhalt bestehen — nicht die der Privaten, sondern auch die der Allgemeinheit — ermittelt und miteinander verglichen werden und der Inhalt dann in der Richtung der als schutzwürdig gefundenen Interessen bestimmt wird", wird von Stampe[103]) mit dem Ausdruck „Interessenjurisprudenz" bezeichnet.

1. Aeltere Ansichten.

Schon im gemeinen Recht sind Versuche unternommen worden, die Richtung des Besitz- und Eigentumserwerbs durch Interessen zu bestimmen. So soll nach Jhering[104]) das Interesse des Mittlers entscheidend sein. Für den Stellvertreter habe der Besitz keinen Wert, da beim Akte der Besitzergreifung für ihn nicht das mindeste Interesse auf dem Spiele stehe. Dagegen müsse dem „Ersatzmann" — d. h. nach Jhering demjenigen, der im eigenen Namen auftrete und daher aus dem von ihm abgeschlossenen Geschäft persönlich hafte — Besitz und Eigentum zugesprochen werden, damit er wegen Erstattung seiner Auslagen oder Verpflichtungen seinem Herrn gegenüber eine Sicherheit habe.

Diese sogen. Interessentheorie Jherings hat mit Recht allgemeine Ablehnung erfahren. Nach ihr könne ein dem Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem angehöriges Element ausschlaggebende Bedeutung gewinnen,[105]) auch sei diese Lehre deswegen zu verwerfen, weil durch die Gestaltung der Interessen „noch keine eigentliche Rechtsregel gegeben werde", sondern nur ein „gesetzgeberischer Grund".[106]) Sodann spricht gegen diese Theorie ihre einseitige Betonung des Interesses des Mittlers, da es auf der anderen Seite doch auch Interessen des Vertretenen zu wahren gilt.

Weil nach der Ansicht Lenels[107]) aus der Interessentheorie sich ein Zustand der Unsicherheit der Eigentumsverhältnisse

---

[102]) Manigk, im Handwb. d. Rechts-Wiss. Bd. III, S. 310. —
[103]) Unsere Rechts- u. Begriffsbildung, S. 1. —
[104]) Besitzwille, 1889, S. 379 ff. —
[105]) Regelsberger, in: Jherings Jahrb., Bd. 44, S. 407. —
[106]) So mit Recht: Fr. Leonhard, a. a. O., S. 50. —
[107]) Lenel, in: Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 53. —

ergeben würde, wollte man die Interessenlage für jeden Fall speziell prüfen und beantworten,[108]) [109]) so stellt dieser Autor ihr eine Theorie gegenüber, nach der für den Besitz- und Eigentumserwerb die typische Interessenlage zwischen Mittler und Vertretenem, die durch das Kausalverhältnis objektiv bezeichnet werde, entscheiden soll.[110])

Hiernach könnte Besitz und Eigentum nur erwerben derjenige, auf den das Kausalverhältnis hindeutet. Das aber würde darauf hinauslaufen, daß, wie Fleck[111]) mit Recht hervorgehoben hat, für den Prinzipal „ein kontraktlicher Nexus" nur begründet werden könne, wenn die Mittelperson als offener Stellvertreter handele. Im Ergebnis ist also auch Lenel auf Umwegen doch wieder zu dem Offenheitsprinzip gelangt, gegen das sich sein Kampf richtete.

Vor allem legt aber Lenel dem Kausalverhältnis eine zu selbständige Bedeutung bei, wenn sich nur aus diesem die Richtung des Eigentumserwerbs entnehmen lassen soll. Es würde jeglichen dem Kausalverhältnis zuwiderlaufenden Abmachungen zwischen dem Tradenten und Mittler die Wirksamkeit nehmen.[112]) Und das gerade ist das Streben der Lenel'schen Polemik: den aus den Umständen zu entnehmenden Willen, der nach den scharfsinnigen Ausführungen Bremers[113]) für die Besitz- und Eigentumsfrage maßgeblich ist, seiner Bedeutung zu entkleiden;[114]) denn dieser sei eine „Fiktion" (S. 46) und entziehe sich jeden Nachweises, wofür das Ergebnis der Umfrage bei den Hamburger Kommisionären ein bezeichnendes Beispiel bilde (S. 49). Er könne deshalb für die Bestimmung der dinglichen Wirkung der Rechtsgeschäfte nicht ausschlaggebend sein und sei daher auszuschalten (S. 52). — Im gleichen Sinne äußert sich auch Regelsberger,[115]) „daß es noch sehr die Frage sei, ob das positive Recht dem Parteiwillen in der Bestimmung der dinglichen Wirkung der Rechtsgeschäfte so freien Spielraum lasse".

Dagegen ist grundsätzlich zu sagen, daß der Wille, Eigentum zu erwerben oder nicht, gesetzlich von Erheblichkeit ist,

---

[108]) Wie sich aus anderen Schriften Jherings ergibt, will dieser gar nicht das konkrete Interesse des Mittlers, sondern das typische objektive berücksichtigt wissen; insofern irrt Lenel (Vgl. Fleck, im: Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 15, S. 363). —

[109]) Jhering vertritt hier im Grunde auch seine in Jherings Jahrb. Bd. I, S. 331 ff. verfochtene, von Bremer mit Recht bekämpfte Theorie der Offenkundigkeit des Vertreterwillens (Henning v. d. Osten, S. 18). —

[110]) a. a. O., S. 57. —

[111]) a. a. O., S. 363. —

[112]) So richtig: Fr. Leonhard, a. a. O., S. 50; Oertmann zu § 164 1c ß.

[113]) Bremer, a. a. O., S. 53. —

[114]) Soweit sie den inneren Willen treffen, ist Lenel beizustimmen. —

[115]) In: Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 406. —

da die Privatrechtsordnung den Rechtssubjekten die Fähigkeit beigelegt hat, durch die Betätigung des Willens Rechtsverhältnisse zu gestalten und Rechtswirkungen hervorzurufen. Die Interessen bilden nur den Beweggrund für das menschliche Handeln; im Rechtsgeschäft aber nehmen die Parteien selbst die entscheidende Interessenabwägung vor, sodaß sich der Tatbestand des Rechtsgeschäfts von den zu Grunde liegenden Interessen als seinen Beweggründen loslöst. Nicht darf man deswegen, weil es in einigen Fällen Schwierigkeiten bereiten mag, den Willen festzustellen, das ganze unserer Rechtsordnung zugrunde liegende Prinzip verwerfen und statt dessen lediglich „objektive" Merkmale heranzuziehen.[116]) Die Interessenlage wird immer nur als Material für die Auslegung der Parteierklärungen Bedeutung haben.

In diesem Zusammenhang bedarf noch die Theorie Fr. Leonhards vom typischen Interesse des Veräußerers der Erwähnung. Da dieser jedoch als Regel die erheblichen Vertragsbestimmungen ansieht, ist er in erster Linie zu den Anhängern des Offenheitsprinzips zu rechnen; seine Lehre, die vor allem die Bedeutung des Willens für die Wirkung der Vertretung wieder gebührend zur Geltung gebracht hat,[117]) ist deshalb bereits oben gewürdigt worden.

2. Neuere Ansichten.

Da diese Versuche in ihrer praktischen Durchführung im Grunde doch alle wieder dem Offenheitsprinzip zum Siege verhelfen, sie außerdem der im täglichen Leben oft bunt gestalteten Interessenlage durch einseitige Berücksichtigung entweder des Interesses des Mittlers, des Gläubigers im Kausalverhältnis oder des Tradenten nicht gerecht werden können, so glaubte man neuerdings eine angemessene Lösung dadurch zu finden, daß man die besonders gelagerten Interessen aller an dem Geschäft Beteiligten würdigte und sie gegeneinander abwog.

In Verfolg dieses Gedankens gelangte man zu der Ueberzeugung, daß in bestimmten Fällen das in § 164, II niedergelegte Offenheitsprinzip Interessen schütze, die garnicht oder nur in geringem Maße vorhanden seien. Also schloß man, ergebe sich

---

[116]) Das will z. B. Schlossmann ebenfalls; gegen Lenel: Rümelin, a. a. O., S. 234 ff., Manigk WE., S. 591, Rechtsgeschäfte, S. 369 ff.; Leonhard, S. 50; Bruns, S. 22 ff. v. d. Osten, S. 28; ähnl. wie Lenel, früh.: v. Tuhr, in Jher. Jahrb. Bd. 48, S. 43; Crome (Syst. d. bürg. R., Bd. III, 1905, § 400, IV) allerdings anders wie Lenel mit Hervorhebung der Beachtlichkeit des Willens; der Sache nach dagegen auch Cohn, S. 165. —

[117]) Manigk, im: Handw. Buch f. Recht-Wiss., Bd. III, S. 311.

die Notwendigkeit, in diesen Fällen die §§ 164 ff. auszuschalten.[118])

Man ging von der Erkenntnis aus, daß nach der Absicht des Gesetzgebers[119]) der § 164 II dem Schutze des Veräußerers dienen solle. Er habe daher auch nur Zweck und Geltung, soweit der Veräußerer dieses Schutzes bedürfe. Das sei aber offensichtlich nicht der Fall, wenn ihm bei Traditionsgeschäften an der Person eines bestimmten Erwerbers nichts gelegen sei. Fraglich sei nur, ob der § 164, II sich in dem Schutze des Drittkontrahenten erschöpfe, ob er nicht vielmehr darüber hinaus auch Interessen unbeteiligter Dritter zu wahren bestimmt sei.

So wird von P l a n c k[120]) ohne jede Begründung verlangt, daß der Wille, in fremdem Namen zu handeln, jedem Dritten erkennbar sein müsse. Für die Richtigkeit dieses Satzes scheint zu sprechen, daß nach geltendem Recht Voraussetzung der Wirkung dinglicher Rechte gegen Dritte die Erkennbarkeit des Bestandes des dinglichen Rechtes ist.[121]) Dieser zur Sicherheit des Verkehrs aufgestellte Grundsatz der „Offenkundigkeit dinglicher Rechte" hat sogar dazu geführt, daß das Gesetz in den §§ 932—934 den Rechtsschein auf Kosten des nicht nach außen zum Ausdruck kommenden tatsächlichen Rechtszustandes schützt. Doch ist dieses Offenheitsprinzip in seiner Durchführung nicht völlig erstarrt, vielmehr durchbrechen die §§ 930, 931, 935 diese Regel. Grundgedanke dieser Ausnahmen ist: „Zwischen den widerstrebenden Interessen den nach menschlichem Können besten Ausgleich zu finden".[122]) Darum sollen auch nach außen nicht hervortretende dingliche Rechte wegen widerstreitender berechtigter Interessen geschützt werden.

Ein solches erhebliches überwiegendes Interesse ist aber dasjenige, das der Vertretene an dem unmittelbaren Erwerb der Sache hat. Sicherlich liegt dieses im weitestgehenden Maße vor, wenn die Sache von dem Stillvertreter mit den Mitteln des Vertretenen angeschafft ist. Ein den Belangen D r i t t e r vorgehendes Interesse des Vertretenen ist aber auch dann anzuerkennen, wenn dem Vertreter noch keine Deckung gewährt ist; denn möglichst schnell die Verfügungsgewalt über die von dem

---

[118]) Oertmann zu § 164, 1e ß; Dernburg Bd. III § 100, I, 5; Endemann Bd. I § 160a, 2b u. Anm. 31, II. Bd. § 80, 2a; Lehmann § 36 II, 2c; Neumann § 929, II, 2f; Biermann § 72 Ziff. 2b; Staudinger § 929, IV, 2b ß; Seuff. Arch. Bd. 60, S. 229 ff.; RG. Bd. 99, 208 Abs. 1; OLG. Rostock, v. 9. IV. 1902 in: Rechtspr. Bd. V, S. 40. —

[119]) Prot. z. Entw. d. BGB. Bd. I., S. 136 ff.; Motive, Bd. I, S. 159; s. a.: Staudinger z. § 164, 3c (vgl. oben). —

[120]) Planck § 164, Erl. 3. —

[121]) Crome, System d. bürgerl. Rechts, Bd. III, S. 83 ff. —

[122]) Siehe Wortlaut bei Müller-Erzbach, a. a. O. —

Beauftragten erworbene Sache zu erlangen ist Wunsch des Auftraggebers, die Verkehrssicherheit aber wird dadurch nicht beeinträchtigt, wenn der Auftraggeber sofort das Eigentum erwirbt.[123])

Wollte man dem mit dem Einwand begegnen, daß es den Kredit gefährde, wenn die Gläubiger nicht sicher wären, daß das äußerlich ihrem Schuldner gehörige Vermögen auch in Wirklichkeit das seinige sei, so schlägt dieser Gesichtspunkt nicht durch. Demgegenüber führt nämlich Rümelin[124]) mit Recht aus, die Gläubiger müßten schon ohnehin damit rechnen, daß in dem Gewahrsam ihres Schuldners sich Gegenstände befinden, die ihm geliehen, vermietet usw. sind, ferner Sachen, die er zweifellos in direkter Stellvertretung für einen anderen erworben habe. Was solle es da verschlagen, wenn in Vertretung angeschaffte Sachen, bei denen das alieno nomine agere nicht erkennbar hervortrete, sich ebenfalls darunter befänden?

Das Interesse Dritter an der Publizität dinglicher Rechte ist also gegenüber demjenigen des Vertretenen nicht von maßgebender Bedeutung. Näher liegt es schon, das Interesse des Mittlers am eigenen Erwerbe als Hinderungsgrund eines unmittelbaren Eigentumserwerbes des Vertretenen anzusehen und den Belangen des Herrn mindestens gleichzustellen. Das wäre z. B. als vorliegend zu erachten, wenn der Beauftragte bei dem Geschäft nicht Mittel seines Herrn, sondern eigene verwandt hat, insofern ihm also an der Sache als Sicherung für seine Auslagen gelegen sein kann.

Dieses „Deckungsinteresse" vermag jedoch nur dann Berücksichtigung zu finden, wenn es nicht anderweitig durch gesetzliche Vorschriften hinreichend gesichert ist. So hat der Gesetzgeber dem Kommissionär des Handelsrechts im § 398 HGB. ein gesetzliches Pfandrecht am Kommissionsgut gegeben, das denselben berechtigt, für seine speziellen Forderungen oder solche aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften nach allgemeinen Regeln aus dem Pfandobjekt Befriedigung zu suchen. Im Gegensatz dazu ist aber dem Beauftragten des BGB. weder ein gesetzliches Pfandrecht[125]) eingeräumt worden, noch steht ihm nach h. M.[126]) das dingliche Zurückbehaltungsrecht des Besitzers nach § 1000 BGB. zu, da „der Aufwand, den der Besitzer für den Erwerb der Sache (z. B. Kaufpreis) geleistet hat", nicht zu den Verwendungen i. S. d. § 1000 zu rechnen ist.

---

[123]) Siehe zu dem allen: Goetz, S. 13—14; Weilinger, Besitz- u. Eigentumserwerb bei indirekter Stellvertretung, S. 31 ff.; Petri, Arch. ziv. Pr. Bd. 111, S. 377 ff.; Hempel, S. 31; siehe auch Cohn, S. 35. —

[124]) Rümelin, a. a. O., S. 270. —

[125]) Vgl. Protokolle der Kommission f. d. zweite Lesung, Bd. 2, S. 360, 362. —

[126]) s. z. B.: Staudinger zu § 994, B. 3a und A, a. —

Es bleibt demnach der Beauftragte gegenüber dem Eigentumsanspruch des Auftraggebers auf ein rein obligatorisch wirkendes Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 670, 273, I BGB. angewiesen, das ihm praktisch gar keinen Schutz bietet.

Vom Standpunkt der Interessenjurisprudenz ist es also richtig, Fehlen oder Vorhandensein des Deckungsinteresses des Beauftragten an sich bei der Interessenabwägung entscheidend ins Gewicht fallen zu lassen. Trotzdem hält man aber eine Beurteilung von Fall zu Fall für geboten, da bei einem Auftragsverhältnis auch andere Momente, z. B. Beziehungen persönlicher Art mitspielen können, die auf die Interessenlage ausschlaggebend einwirken. Im Bereiche der Interessenjurisprudenz wird daher bei Abwägung der Interessen des Vertretenen und des Stillvertreters, wenn der Vertretene die Mittel hergegeben hat, i m m e r , wenn das nicht der Fall ist, v i e l f a c h die Wagschale des Stillvertreters zu seinen Ungunsten ausschlagen.[127])

Nach Prüfung der Interessen aller an dem Geschäft Beteiligten[128]) gelangen die Anhänger der Interessenjurisprudenz daher zu dem Ergebnis, daß bei solcher Interessenlagerung die Anwendung des Offenheitsprinzips abgelehnt werden müsse, da sonst Interessen geschützt würden, die weit weniger schutzbedürftig seien als die des Vertretenen. Der Eigentumsübergang bei einem Geschäft für den, den es angeht, richte sich daher lediglich nach § 929 BGB., dessen Fassung („daß Eigentümer und Erwerber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll") nicht notwendig die Hervorhebung einer bestimmten Erwerbsperson verlange.[129]) Da aber bei Gleichgültigkeit des Veräußerers an der Person des Erwerbers für die Richtung des Eigentumsübergangs dem Willen des Tradenten nichts zu entnehmen sei, so entscheide der Wille des Mittlers als des Empfängers, wer Eigentum erwerben soll. Dieser Wille müsse i r g e n d w i e ermittelt werden; dabei komme es nicht nur auf den in der Erklärung niedergelegten, sondern auf den irgendwie hervorgetretenen Willen des Vertreters an.[130]) Für das Vorhandensein eines Vertretungswillens stelle das Auftragsverhältnis eine starke Vermutung auf, da eine Person, die die Ausführung eines Auftrages übernehme, regelmäßig auch den Willen habe, gemäß diesem Auftrage zu handeln. Doch sei diese Vermutung widerlegbar, weil mit der Beauftragung dem Beauftragten nicht ein auf ordnungsmäßige Erfüllung des Auftrages zielender Wille

---

[127]) so: Richter, S. 140—141, 144. —

[128]) Es sei in dieser Hinsicht besonders auf die Untersuchungen der hier bereits angeführten neueren Dissertationen von Goetz, Hempel u. vor allem Richter verwiesen.

[129]) Vgl. hierzu besonders: Jung, a. a. O. —

[130]) Siehe Oertmann, zu § 164, S. 608. —

aufgezwungen werde, der ihn in seinem Handeln unfrei und abhängig mache. Dem Beauftragten müsse es unverwehrt bleiben, sich vermöge eigenen Willens über seine Beziehungen zum Auftraggeber hinwegzusetzen und ohne Rücksicht auf sie in eigenem Namen zu handeln.

Im Gegensatz zu Lenel und Rümelin bestimmt also diese Ansicht nicht rein objektiv durch den Inhalt des zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Kausalverhältnisses die Person dessen, den das Geschäft angeht; Rechtswirkungen soll vielmehr der Wille des Beauftragten hervorrufen und nur als „Indiz" für diesen Willen sucht man das Kausalverhältnis heranzuziehen. [131])

In der Betonung des Willens als ausschlaggebendem Faktor liegt der große Fortschritt dieser Meinung. Sie kommt daher dem Richtigen auch schon sehr nahe, nur fehlt es an dem dogmatischen Beweise, der es begreifbar erscheinen läßt, weshalb es der Erklärung dieses Vertretungswillens gegenüber dem Vertragsgegner nicht bedarf.

Bedenken muß man der Art und Weise entgegensetzen, in der man sich des lästigen Hindernisses, das die Anwendung des im Bereiche der Willenserklärungen geltenden Offenheitsprinzips auf die Einigung fordert, entledigen zu können glaubt. So scharfsinnig und sorgfältig bis in alle Einzelheiten das System der Interessenabwägung auch neuerdings ausgebaut ist, [132]) um das Offenheitsprinzip bei einem Geschäft für den, den es angeht, auszuschalten, es scheitert an dem im geltenden Recht verankerten Prinzip der Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz.

Im Tatbestand der Stellvertretung ist das dem Interesse des Vertretenen widerstreitende Interesse der mit dem Vertreter abschließenden Vertragspartei an der Person ihres Vertragsgegners in Gestalt des Offenheitsprinzips zum Siege gelangt. Der Gesetzgeber selbst hat hier also eine Abwägung der verschiedenen in Betracht kommenden Interessen vorgenommen, wobei er — ob mit Recht oder Unrecht, das sei dahingestellt — dem Interesse des Drittkontrahenten in jedem Falle den Vorzug geben zu müssen glaubte. Ist somit die Interessenlage ein für allemal festgelegt, so darf dieses zum Schutze des Dritten statuierte Prinzip der Offenlegung des Vertretungswillens nicht dadurch umgangen werden, daß man bei jedem einzelnen Geschäft die konkrete Interessenlage zu erforschen

---

[131]) Damit scheint man sich der Ansicht Manigks (WE., S. 590) zu nähern, verkennt jedoch, daß dieser Autor von einem anderen Gesichtspunkt aus die Indizien „sprechen lassen" will, worüber später zu handeln sein wird. —

[132]) vgl. neuerdings Stoll im Archiv f. ziv. Prax. Bd. 132, S. 213 ff.

sucht und von ihr die Anwendung des Grundsatzes abhängig macht.[133])

Ergibt sich so die grundsätzliche Unzulässigkeit, auf die beteiligten Interessen zur Bewertung der Wirkungen des rechtlichen Vorganges zurückzugreifen, so wird eine inhaltlich nähere Bestimmung des gesuchten Rechtsinhalts durch Interessenabwägung auch keineswegs erreicht, wie Jung[134]) zutreffend hervorhebt. Denn obschon man sich, wie gezeigt, alle erdenkliche Mühe gegeben hat, Anhaltspunkte und Maßstäbe dafür zu finden, nach welchen man die widerstrebenden Interessen gegeneinander abmißt, um das schutzbedürftige zu erkennen, so spielen im täglichen Leben doch noch so viele besondere die Interessenlage beeinflussende Momente mit, daß eine einheitliche Regel gar nicht gegeben werden kann. Man erstrebt dem „Verkehrsbedürfnis" gerecht zu werden, während es tatsächlich darauf hinausläuft, daß ein dem urteilenden Richter aus irgend welchen Gründen als gerechtfertigt scheinendes Bedürfnis zur Geltung gebracht wird.[135])

Es fehlt der Interessenjurisprudenz an geeigneten feststehenden Kriterien, die durch die Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz gegeben werden.[136]) Nur durch eindeutige Begriffsbildung werden uns die tatsächlichen Vorgänge in unserer Umwelt verständlich, nur durch Begriffe können wir in anderen Menschen Vorstellungen von dem nicht greifbar vor uns Liegenden erwecken. Nicht minder benötigt der Jurist scharfgeprägter Begriffe, um ein festgefügtes, nur in der Gedankenwelt existierendes Rechtssystem aufbauen und die so gewonnenen Normen auf die bunten Wechselfälle des täglichen Lebens sicher anwenden zu können. Da auf den Begriffen die Normenanwendung beruht, diese durch jene gebunden ist, so muß Ziel der Rechtsentwicklung sein, möglichst klare Begriffe zu bilden, nicht allerdings auf rein formal logischem Wege, sondern unter tunlichster Berücksichtigung der sittlichen, sozialen und wirtschaftlichen Seite des Rechts.

Daß ein Rechtssystem, das die Vorgänge im täglichen Leben möglichst scharf rechtlich zu qualifizieren und in eindeutige Begriffe zu pressen verstanden hat, eine brauchbare Grundlage für die Rechtsfindung durch Konstruktion nicht bilden soll, behauptet Stampe zu Unrecht.[137]) Ein solches System befähigt die Rechtsfindung im allgemeinen sehr wohl, rein kon-

---

[133]) Manigk, im HandwB. d. Rechts-Wiss. Bd. III; „Interesse", S. 305 bis 306; „Interessenjurisprudenz", S. 312. —

[134]) Jung, Problem des natürlichen Rechts, S. 32. —

[135]) Jung, a. a. O., S. 32; Manigk, a. a. O., S. 313. —

[136]) Oertmann z. § 164 1b ß; Manigk, a. a. O., S. 311; Irrtum u. Auslegung, S. 7 ff. —

[137]) Stampe, Unsere Rechts- und Begriffsbildung, S. 4. —

struktiv den Nuancierungen eines Tatbestandes überall zu folgen. Konstruktionsmöglichkeiten werden jederzeit vorhanden sein; von Wichtigkeit und erstrebenswert ist es nur, daß aus den die Rechtsanwendung vermittelnden Konstruktionen diejenige herausgegriffen wird, die den beteiligten Interessen, andererseits aber auch dem Prinzip des Rechts am meisten gerecht wird.[138]) Von der grundsätzlichen Anerkennung der Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz aber darf nicht um etwaiger Fälle willen gelassen werden, in denen ausnahmsweise der konstruktive Weg nicht zu dem billigsten Ergebnis zu führen scheint — ob es wirklich unbillig ist, wird zum mindesten auch auf Meinungsverschiedenheiten stoßen; die Bewertung ist relativ verschieden je nach der Auffassung und Einstellung des Beurteilers. —

Die Interessenjurisprudenz vermag uns keinen vollwertigen Ersatz zu bieten; daß nämlich Begriffe wie Gerechtigkeit und Billigkeit, zu denen sie selbst gelangt, so weit zerlegbar und bekannt seien, daß man mit ihnen zu allgemein-gültigen, d. h. auch für andere zwingenden Schlüssen gelangen könnte, ist auf das Entschiedenste zu bestreiten.[139]) Diese Methode der Abwägung der kollidierenden Interessen würde, wie gesagt, dazu führen, daß die Entscheidung eines Rechtsfalles dem mehr oder minder stark entwickelten Rechtsgefühl des jeweiligen Richters überlassen bliebe. Rechtsunsicherheit und mangelndes Zutrauen des Publikums zu der Rechtspflege wären die unausbleiblichen Folgen. Dieser Art der Rechtsfindung ist daher grundsätzlich die Anerkennung zu versagen.[140])

§ 9.

Lösungsversuch unter Ausschaltung des Offenheitsprinzips mit Verwendung des Willensgeschäfts.

Als Kern des Stellvertretungsbegriffs ist das „Handeln in fremdem Namen", d. h. der die Tätigkeit des Vertreters beherrschende Wille, den rechtlichen Erfolg des Geschäfts auf den Vertretenen zu richten, erkannt worden. Vertretung ist also im Gebiete der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen geboten.[141]) Somit hätte sich für alle bisher genannten Versuche,

---

[138]) Manigk, a. a. O., S. 312. — Irrt. u. Ausl: S. 7 ff.

[139]) Jung, Problem des natürl. Rechts, S. 36. —

[140]) Soweit sie sich gegen den Formalismus wendet, kann sie nicht hoch genug eingeschätzt werden (vgl.: Manigk, im Hdwb. d. Rechtswiss. Bd. II „Formalismus u. Freirechtsschule" und: „Wie stehen wir heute zum Naturrecht"? (Rektoratsrede); vgl. a.: JW. 1929, S. 1721. —

[141]) h. M.: z. B. Planck z. § 164 Erl. 1a; Staudinger z. § 164, Erl. 3; RGR. Komm. Z. § 164 Erl. 1; Manigk, WE., S. 569 ff.; Rechtsgesch. 297 ff., 313 ff.; Enneccerus I 1 § 169, II u. a.; a. A.: Schlossmann. —

unmittelbaren Eigentumsübergang auf den Vertretenen bei stiller Vertretung zu konstruieren, die unabweisliche Folge ergeben müssen, die §§ 164 ff. auf die Einigung zu übertragen, da nach aller dieser Ansicht die Traditionsofferte durch Willenserklärung angenommen wird. Es wäre also nach dem für Willenserklärungen geltenden Offenheitsprinzip des § 164, II rechtliche Wirkung für den Vertretenen nur dann erzeugt worden, wenn bei der Annahme der Fremderwerbswille des Vertreters gegenüber dem Gegenkontrahenten hervorgetreten wäre. An dieser Konsequenz scheitern alle Versuche, die aus Gründen der Billigkeit einen so schweren Eingriff in die begrifflich gebotene Normenanwendung vornehmen wollen, wie ihn die Ausschaltung des im Bereiche der Willenserklärungen unerläßlichen Offenheitsprinzips in diesem Falle darstellt.[142]) Nur wenn es gelänge, den dinglichen Vertrag nicht durch Willenserklärung, sondern durch einen seiner Natur nach anders gearteten Akt zu perfizieren, wäre die Möglichkeit gegeben, im Wege der Konstruktion das nur für Willenserklärungen aufgestellte Prinzip der Offenlegung des Vertretungswillens gegenüber dem Vertragsgegner fallen zu lassen.

Diesen Weg hat als erster Jeroschewitz[143]) beschritten, dessen Lösungsversuch bisher meines Wissens in keiner späteren Arbeit Würdigung gefunden hat.

Jeroschewitz geht von der auch schon sonst verwerteten Erkenntnis aus, daß es in vielen Fällen dem Veräußerer gleichgültig sei, wem er Eigentum übertrage.[144]) Ob ein solcher animus des Veräußerers vorliege, sei vom objektiven Standpunkt des Gegners zu beurteilen. Bei der Erforschung des Inhalts der Traditionsofferte seien wie immer bei Willensklärungen, nur die Umstände heranzuziehen, die dem Empfänger von dem Uebertragenden erkennbar gemacht waren. Als erklärt gelte daher das, was der Empfänger nach den ihm vom Erklärenden erkennbar gemachten Umständen als Sinn der Erklärung auffassen mußte und konnte. Dafür sei in erster Linie das Kausalverhältnis maßgebend. Werde dem Vertreter die Sache nicht auf Grund eines den Vertretenen, sondern ihn selbst berechtigenden Kausalverhältnisses übergehen, so könne er, sofern ihm nicht ein gegenteiliger Wille des Tradenten erkennbar gemacht sei, als Erklärungssinn entnehmen:

1. „Ich, Veräußerer, übergebe Dir die Sache für Dich",
2. „Falls Du aber nicht für Dich erwerben willst, übergebe

---

[142]) Gegen diese Ansicht auch neuerdings: E. Cohn, a. a. O., S. 153. —

[143]) Jeroschewitz, in seiner Königsberger Diss. 1920 „Vertretung bei der Fahrnisübereignung", S. 58 ff. —

[144]) Jeroschewitz, a. a. O., S. 61 ff; daß es solche Fälle gibt, ist oben bereits des längeren erörtert, vor allem aus dem Zweck der Eigentumsübertragung u. d. Natur des Eigentums geschlossen worden. —

ich Dir für einen von Dir Vertretenen".

Die eine Einigungsofferte sei also an den Empfänger als Selbstpartei, die andere an ihn als den etwaigen Vertreter eines Dritten gerichtet.

Der Ausgangspunkt ist richtig; vom Standpunkt des Offertenempfängers beurteilt sich der Sinn der Traditionserklärung. Wie der Empfänger diese auffassen konnte und mußte, ist nach dem Grundsatz, daß Rechtsänderungen auf Willenserklärungen, nicht auf einen bloßen inneren Willen zurückzuführen sein müssen, das Ausschlaggebende.[145])

Zutreffend ist von Jeroschewitz weiter erkannt, daß bei Eigentumsübergabe auf Grund einer den Vertreter selbst berechtigenden causa die Gleichgültigkeit des Tradenten an der Erwerbsperson dem Vertreter aus den Umständen erkennbar ist. Ein solcher Erklärungssinn erhellt nämlich in diesem Falle für ihn daraus, daß der Veräußerer das Eigentum ohne einschränkenden Zusatz überträgt; denn so ersieht er das Einverständnis des Vertragsgegners, daß von nun an ein anderer mit der Sache nach Belieben verfahren soll, ohne daß er (der Tradent) es noch hindern könnte. Wenn aber der Veräußerer, selbst gesetzt, der Vertreter erwürbe Eigentum, die Weiterveräußerung, wie oben gezeigt, nicht verhindern könnte, so vermag der Vertreter aus dem ihm ersichtlichen Eigentumsübertragungswillen des Tradenten auch seine Gleichgültigkeit, wem speziell das Eigentum zufallen soll, zu entnehmen.

Gestatten nun die dem Vertreter erkennbaren Umstände diesem den Schluß, daß der Uebertragungswille seines Vertragsgegners nicht auf eine bestimmte Person gerichtet ist, so kann der Empfänger nach J e r o s c h e w i t z aus der ganzen Sachlage den stillschweigenden Verzicht des Tradenten auf eine Erklärung darüber entnehmen, w e l c h e der beiden geschilderten alternativen Offerten er annehmen will. Die Annahme erfolge in diesem Falle daher nicht durch Willenserklärung, sondern durch Willens g e s c h ä f t nach § 151 BGB.[146]) [147])

---

[145]) R. Leonhard, Allg. Teil, S. 350; Manigk. WE., S. 160, 378, 444, u. an anderen Stellen; Jung, b. Stammler, S. 576 ff.; Cohn, S. 162; a. A.: Oertmann, Vorbem. z. § 104 Erl. 9, 1 u. 11b ß; Staudinger, Allg. Teil, III. Abschn. Erl. 3b, c (s. o.)

[146]) Der Ausdruck „Willensgeschäft" ist von Manigk geprägt worden u. bezeichnet die Eigenart d. rechtsgeschäftlichen Vorgangs treffender als das häufig gebrauchte Wort „Willensbetätigung." Dieses ist insofern irreführend, als es den Anschein erweckt, als ob es der E r k l ä r u n g des Willens oder sogar noch mehr bedürfe (Vgl. dazu: Manigk, WE. S. 419, Irrtum u. Auslegung, S. 4 Note 1, s. a. S. 177 Note 4; a. A.: Planck vor § 164 Ziffer 3 gegen den Ausdruck „Willensgeschäft"). —

[147]) Derselbe Gedanke taucht übrigens bereits in dem Lösungsversuch von Henning v. d. Osten, Greifswalder Diss. 1907, S. 65 ff. auf, allerdings ohne nähere Begründung. —

Der Vertreter brauche demnach nur dem Tradenten kundgeben, ob er die Uebereignungsofferte als solche annehme, da dessen Interesse es fordere zu wissen, ob der Vertreter den Willen habe, daß überhaupt ein Eigentumsübergang stattfinde; nicht aber sei eine Annahmeerklärung, für wen er erwerben wolle, gegenüber dem Gegner abzugeben, da dieser einer solchen nicht bedürfe, sondern es genüge, wenn der Annahmewille des Vertreters durch irgendwelche anderen Anzeichen, z. B. Vorliegen eines Kausalverhältnisses zum Herrn in die Erscheinung trete.

Eine auch nur analoge Anwendung auf das im § 164, II enthaltene Offenheitsprinzip aber verbiete sich, weil Wesenseigenschaft dieser Norm das Hervortreten des Willens gegenüber dem Vertragsgegner in einer Willenserklärung sei, während dem Willensgeschäft der sich lediglich in irgend einem Verhalten perfizierende rechtsgeschäftliche Erfolgswille den Charakter verleihe.

Es bedarf hier zunächst eines näheren Eingehens auf die umstrittene Frage, ob die sog. Willensgeschäfte dem Gebiete der Willenserklärungen zuzurechnen oder von diesen wesensverschieden sind.

Von vielen [148]) wird der Unterschied zwischen Willenserklärung und Willensgeschäft verworfen, demzufolge auch die Vertragsannahme gemäß § 151 BGB. als stillschweigende Willenserklärung angesehen.

Demgegenüber stehen die bereits im gemeinen Recht unternommenen Versuche, das Gebiet der Willenserklärungen einzuengen, die auch im geltenden Recht fortgesetzt wurden. [149])

Die Begriffe der Willenserklärung und des Willensgeschäfts mit tiefgreifender Begründung herausgearbeitet und voneinander scharf abgegrenzt zu haben, ist das Verdienst Manigks; er hat den Nachweis erbracht, daß dieser Wesensverschiedenheit zufolge das Willensgeschäft in wichtigen Punkten anderen rechtlichen Regeln als die Willenserklärung unterliegt. Diese Lehre

[148]) Dernburg § 106, II; Enneccerus § 136, II A. u. § 144 Anm. 5; Jsay, „Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts" S. 48 ff.; und in Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 43 ff.; Zitelmann, Allg. Teil, S. 89/90; Wedemeyer „Der Abschluß ein. obligator. Vertrages durch Erfüllungs- u. Aneignungshandlungen", S. 52 ff.; Hölder; Vorbem. IV; Jhering Jahrb. Bd. 55, S. 416; neuerdings auch: Jung b. Stammler, S. 566/67 und Enneccerus-Nipperdey Allg. Teil 1931 § 136, II A 2c. — Gegen Verwendung des Willensgeschäfts Himmelschein, „Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft" S. 78; gegen ihn jüngst Manigk in JW. 1931 S. 2225.

[149]) Vgl. z. B. für das gemeine Recht: Lenel, Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 4; Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft 1879 S. 242 ff.; Affolter, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 8 S. 46; u. a. Für das geltende Recht z. B.: Hellmann, Vorträge üb. d. Recht d. bürgerl. Gesetzb. S. 60; u. in Jherings Jahrb. Bd. 42, S. 412 ff.; R. Leonhard, a. a. O., S. 253 ff.; Wendt, im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 92, S. 239. —

hat sich auch in den letzten Jahren in steigendem Maße durchgesetzt und wird heute von einer großen Zahl bedeutender Autoren vertreten.[150])

Die Gegner können die nach § 151 erfolgende Vertragsannahme als „stillschweigende Willenserklärung" nur dann ausweisen, wenn dieser Akt alle Merkmale einer Willenserklärung in sich vereinigt. Das Rechtssubjekt ruft Rechtswirkungen durch eine Willenserklärung hervor, wenn es seinen Geschäftswillen einem anderen mitteilt.[151]) Der Begriff des Mitteilens (Klarmachens) setzt notwendig eine Person voraus, an den sich der Mitteilende mit seiner Tätigkeit wendet.[152]) Der Zugang der Erklärung beim Empfänger muß vom Handelnden bewußt bewirkt sein. Daher wird dem Handelnden dieser Erfolg als Willenserklärung zugerechnet. Es soll nach deren Inhalt in dem Empfänger eine Vorstellung erzeugt werden, für die der Erklärende dann eintreten muß, „wenn der Empfänger in jener bei ihm entstandenen Vorstellung das vom Urheber projizierte Spiegelbild der diesem eigenen Geschäftsabsicht erblicken darf".[153]) Auf die Gültigkeit der Erklärung, so wie sie ihm nebst allen bezeichnenden Nebenumständen zuging, soll der Erklärungsgegner vertrauen können. Da aber nicht das Vertrauen dritter Personen in Frage kommen kann, so vermag daher Objekt des Klarmachens nur zu sein, wer ein schutzwürdiges Interesse daran hat, von dem Geschäftswillen in Kenntnis gesetzt zu werden. Das ist aber nur derjenige, in dessen Rechtssphäre das Geschäft eingreifen soll. Der Wille ist also nicht wirksam erklärt, wenn der Handelnde die Erklärung nicht diesem anderen z u g e h e n läßt.[154])

Willenserklärungen sind somit nur solche Willensäußerungen des Handelnden, die gemäß dem dem Adressaten Zugegangenen in der Absicht vorgenommen werden, ihm den Geschäftswillen des Handelnden zur Kenntnis zu bringen. Für den Begriff der Willenserklärung ist der K u n d g e b u n g s z w e c k g e g e n ü b e r d e m B e t r o f f e n e n wesentlich; wo dieser fehlt, liegt

---

150) Außer den Genannten z. B.: Oertmann, Vorbem. 11 z. 3. Abschn.; Brodmann, in Ehrenb. Hdb. d. ges. Handelsrechts Bd. IV, 2. Abt. 1918, S. 10; Düringer — Hachenburg Bd. II Einleitung Anm. 45 u. 222; v. Tuhr II, 1 S. 404; H. Lehmann, Allg. Teil, S. 129; Schneider, im Arch. bürgerl. Recht, Bd. 42, S. 373 ff. Staudinger, Bem. II, 3c vor § 104; in gewisser Beziehung auch Planck vor § 116, Z. 3. —

151) Der Erfolg des Erklärens kann auch fahrlässig bewirkt werden. Manigk, J. u. A. S. 105 ff. Das hebt aber die Abgrenzung gegenüber den wesentlich anders gearteten Willensgeschäften, wie N i p p e r d e y a. a. O. S. 441 verkennt, nicht auf.

152) Hellmann, in Jherings Jahrb. Bd. 42, S. 418. —

153) Manigk, WE., S. 495; Staudinger, vor § 104 Einleitung II, 3c. —

154) Jung, b. Stammler, S. 566; Hellmann, a. a. O., S. 418. —

keine Willenserklärung vor.[155])

Im allgemeinen kann demnach ein an eine bestimmte Person gerichteter Vertragsantrag nur angenommen werden, indem diese den Zugang der Annahmeerklärung an den Antragenden bewirkt.

Nach § 151 BGB. kommt unter den dort normierten Voraussetzungen ein Vertrag auch zustande, ohne daß die Annahme des Antrags erklärt zu werden braucht. Wenn manche[156]) das für unmöglich halten und einen Ausweg durch die Auslegung suchen, daß nicht auf eine Erklärung überhaupt verzichtet sei, sondern nur auf die Erklärung „dem Antragenden gegenüber", so kann dem nicht beigestimmt werden; denn da eine Erklärung immer nur gegenüber dem Gegner (hier also gegenüber dem Antragenden) erfolgen muß, Dritten gegenüber dagegen sinnlos ist, so kann daher der Verzicht auf die Erklärung nicht anders verstanden werden, als daß dieselbe ganz unterbleiben könne.[157])

Einen Beweis für die Richtigkeit dieses Schlusses bringen auch die Kommissionsberatungen über den dem jetzigen § 151 inhaltlich zu Grunde liegenden § 86 d. Entw. I. zum Ausdruck. Zwar wurde der auf Anregung Zitelmanns gestellte Antrag 5 zu § 86[158]) — „Hat der Antragende auf eine Annahmeerklärung verzichtet, so kann der andere Teil die Rechte aus dem Vertrage geltend machen, ohne eine Annahmeerklärung abgegeben zu haben" —, abgelehnt.[159]) Doch war man sich in der Kommission schließlich darüber einig, es genüge in diesen Fällen, um einem praktischen Bedürfnis gerecht zu werden, für die zum Zustandekommen des Vertrages erforderliche Annahme „jede Betätigung des Annahmewillens, welche diesen erkennbar zum Ausdruck bringe".[160])

Noch klarer geht die Auffassung des Gesetzgebers aus der Fassung des § 124 d. Entwurf II hervor, in der er bewußt das in dem Entwurf I § 86 enthaltene Wort „stillschweigend" vermeidet und nur noch von „Annahme" spricht; veranlaßt wurde die Aenderung durch den Hinweis der Kritik, daß es Fälle genug gebe, in denen der Vertrag zu Gunsten des Antragsemp-

---

[155]) Hellmann, a. a. O., S. 448; Wendt, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92, S. 238; Manigk, WE., S. 150 ff., 191, 378, 456, 457, Irrtum u. Auslgg., S. 109, insbes. b. Note 1, S. 195, 248; a. A.: Jsay. Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, S. 23. — Nipperdey a. a. O. —

[156]) Crome Bd. I § 86 Anm. 10; Jsay in: Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 52; Rümelin, a. a. O., S. 174. —

[157]) Wendt, a. a. O., S. 240; Hellmann, a. a. O., S. 426 ff.; Manigk, WE., S. 367 ff. —

[158]) Prot. S. 172 ff. —

[159]) Allerdings nicht aus Gründen, die mit dem Wesen der Annahmeerklärung etwas zu tun haben. —

[160]) Prot. S. 177. —

fängers als zustandegekommen gelten müsse, ohne daß überhaupt irgend eine Erklärung der Annahme seinerseits, wenn auch nur stillschweigend, abgegeben sei.[161])

Wenn es aber zufolge des Verzichtes des Offerenten einer Erklärung der Annahme überhaupt nicht bedarf, so wird in diesen Fällen demnach das Vorliegen des Annahmewillens — ein solcher Rechtsfolge- oder Geschäftswille ist Voraussetzung — durch die äußeren Umstände[162]) ohne Rücksicht auf ihr Bekanntsein beim Antragenden erwiesen.

Dabei braucht der solchergestalt Annehmende sich aber nicht bewußt zu sein, daß aus seinem äußeren Verhalten überhaupt auf seinen Geschäftswillen geschlossen werden könne. Dies sog. „Erklärungsbewußtsein" wird auch gar nicht vorhanden sein. Inwiefern z. B. in dem Verbrauch unbestellt zugesandter Zigarren ein Erklärungsbewußtsein in der Richtung auf den Zusendenden liegen soll, wie das Wedemeyer[163]) annimmt, ist nicht ersichtlich. Ebenso ist, wenn einer das ihm vom Buchhändler unbestellt zugeschickte Buch mit dem eigenen verwechselt und aufschneidet, das Geschäft nicht deswegen nichtig, weil das „Betätigungsbewußtsein" fehle, wie neuerdings Enneccerus-Nipperdey[164]) meint.

Nun wurde aber weiter von Wedemeyer[165]) und Rümelin[166]) behauptet, daß die Handlungen des Annehmenden schließlich doch einmal in die Wahrnehmungssphäre des Antragenden gelangten, womit der Akzeptant rechne. Dies spreche dafür, die Annahmehandlung i. S. v. § 151 keiner besonderen Behandlung zu unterziehen. In ähnlicher Weise lehnen auch jüngst Jung bei Stammler[167]) und Nipperdey, a. a. O. ab, einen scharfen Schnitt zwischen Willenserklärungen und Willensgeschäften zu machen, da beide nur dann echte Rechtswir-

---

[161]) Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf ein. bürgerl. Gesetzbuchs, S. 137; Manigk, WE., S. 349; Oertmann zu § 151 Erl. 1. —

[162]) Der lediglich innere, nicht in irgend einem körperlichen Verhalten zur Tat gewordene Wille, ist auch hier zu wenig (vgl. z. B: Oertmann, v. § 104 Erl. 11 b u. zu § 151, Erl. 3b ß; Manigk, WE. S. 439).

[163]) Wedemeyer a. a. O., S. 101; gegen ihn: Manigk, WE. S. 359. —

[164]) a. a. O. § 136 II A. 2c Anm. 7. — Das Betätigungsbewußtsein (im Sinne Nipperdeys) hat der Empfänger des Buches beim Aufschneiden in jedem Falle, gleichgültig, ob er es für sein eigenes oder das angebotene hält. Verflüchtigt man jenes Bewußtsein im Sinne Nipperdeys, sodaß es sich auch demjenigen gegenüber erhält, der von dem Vorgang keine Kenntnis bekommen soll und bekommt, so muß man auch ein Betätigungsbewußtsein desjenigen anerkennen, der sein eigenes Buch aufzuschneiden meint, obgleich er auch ein anderes angeboten erhielt. Es wäre hier das Bewußtsein, sein Eigentum an dem anderen Buche auszuüben. —

[165]) a. a. O., S. 100. —

[166]) a. a. O., S. 172. —

[167]) S. 566—67. Gegen beide neuerdings Manigk in der Kritik v. Himmelschein „Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft" JW. 1931 S. 2225. —

kungen erzeugten, wenn sie in Beziehungen zu anderen Rechtssubjekten träten; „im isolierten Menschendasein gäbe es überhaupt kein Recht".

Einmal ist es eine Fiktion zu glauben, der Annehmende rechne damit, der Antragende werde den Umstand, daß die übersandten Zigarren geraucht, das Buch aufgeschnitten sind, wahrnehmen. Sodann wird hier der Unterschied verkannt zwischen der bewußt von dem Annehmenden in dem Offerenten erzeugten Kenntnis und der rein zufälligen Kenntnisnahme desselben. Um auf das Vorhandensein einer Willenserklärung zu schließen, genügt es nicht, festzustellen, daß der Offerent von der Annahmehandlung irgendwie Kenntnis erlangt hat, vielmehr muß ihm gerade die Wahrnehmung mit Wissen und Wollen des Empfängers der Offerte vermittelt worden sein.[168]) Nur in diesem Falle ist ihm insbesondere im Sinne des § 130 BGB. erklärt. Nur dann kann man von Willenserklärung reden und auch hierin zeigt sich ihr legaler Unterschied vom Willensgeschäft.

Mit zufälliger Kenntniserlangung von einer „Betätigung", die auf einen Geschäftswillen schließen ließe, wird eine Vertrauensgrundlage für den Antragenden nicht geschaffen.[169]) Das ergibt sich grundsätzlich schon aus dem § 122 BGB., der eine Schadensersatzpflicht auf dem Vertrauen gerade des Erklärungsgegners aufbaut.[170]) Die Vertrauensgrundlage muß dem Handelnden zurechenbar sein, indem er sie dem Vertrauenden zugeführt hat. Hat der Offerent auf eine Annahmeerklärung wegen mangelnden Interesses verzichtet, so verzichtet er damit auch auf die Vorteile, die ihm aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärung erwachsen, sein Verzicht erstreckt sich daher auch auf die Vertrauensgrundlage, die durch die Erklärung ihm gegenüber sonst geschaffen wird.

Wer Vertrauen erweckt, nimmt Verantwortung auf sich, er muß für jede Täuschung des erzeugten Vertrauens eintreten. Verantwortlich kann aber gerechterweise nur derjenige sein, der das Vertrauen schuldhaft bewirkt hat.[171]) Die Rechtsordnung läßt die Wirkung der Erklärung gemäß § 130 BGB. erst mit dem Zugang eintreten, der auf dem Willen des Erklärenden be-

[168]) Manigk, WE., S. 366, 573. — Die entgegengesetzte Lehre Nipperdeys a. a. O., Anm. 7, daß Zufall genüge, würde das wohlbegründete geltende Recht des Vertragsschlusses erschüttern. Eine Offerte würde, auch wenn sie dem Gegner zufällig bekannt geworden wäre, bindende Wirkung haben. Das stünde der Vorschrift des § 130 BGB. unversöhnlich gegenüber und ist unhaltbar. —

[169]) Wie Nipperdey, a. a. O. das annimmt. —

[170]) Manigk, WE., S. 360, 498, 499. Manigk in der Kritik von Himmelschein, „Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft" in JW. 1931 S. 2225.

[171]) Manigk, Irrtum u. Auslegung, S. 242 f; 246 f; 250 f.

ruhen m: ß. Im Gegensatz zu den Darlegungen Nipperdeys ist daher daran festzuhalten, daß nur Erklärungen, nicht auch Indizien des Willens, die ohne als Mittel der Kundgebung gedacht zu sein, lediglich durch Zufall in den Wahrnehmungsbereich eines anderen gelangen, eine Vertrauensgrundlage schaffen können.

Die Vertragsannahme gemäß § 151 BGB. erfolgt also, da sie ihrer rechtlichen Natur nach wesensverschieden von den Willenserklärungen ist, nicht durch stillschweigende Willenserklärung, sondern durch Willensgeschäft.

Ist somit anzuerkennen, daß es Fälle gibt, in denen der Vertrag durch Willensgeschäft zustande kommen kann, so greift die heute herrschende Meinung nicht fehl, wenn sie der rechtlichen Unähnlichkeit von Willenserklärung und Willensgeschäft zufolge die Anwendbarkeit der durch Willensgeschäft perfizierten Einigung auf andere Normen (z. B. Geschäftsfähigkeit, Bedingung usw.) von Fall zu Fall untersucht und sie zum Teil einer besonderen Behandlung unterwirft.[172])

Die jetzt aufzuwerfende Frage, ob die Stellvertretungsnormen auf die solchermaßen durch Willensgeschäft erfolgende Annahme der dinglichen Offerte übertragen werden können, ist nunmehr nach dem Vorhergehenden zu entscheiden. Der Kern des Stellvertretungsbegriffs ist der Wille des Vertreters, die Rechtswirkungen des Geschäfts auf den Vertretenen zu lenken. Da nun im Gebiete der Willensgeschäfte der zur Tat gewordene Geschäftswille ebenfalls von wesentlicher Bedeutung ist, steht der analogen[173]) Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze auf die Willensgeschäfte an sich nichts im Wege.[174])

Abzulehnen ist dagegen die Anwendbarkeit des § 164, II auf die Willensgeschäfte; denn diese Norm spricht von der Erkennbarkeit des Handelns in fremdem Namen. Daß hierunter nur ein Hervortreten in einer an den Geschäftsgegner gerichteten Willenserklärung gemeint ist, ergibt sich aus dem Umstand, daß Beweggrund für die Schaffung der Norm Schutz des Vertragsgegners gewesen ist. Das hier ausgedrückte Offenheitsprinzip aber widerspricht dem Wesen der Willensgeschäfte.[175])

Man gelangt somit zu dem Ergebnis, daß in dem Bereiche der Willensgeschäfte der Vertretungswille nicht der Kundgabe gegenüber dem Gegner bedarf, daß er vielmehr schon, sobald

---

[172]) Siehe z. B. Staudinger vor § 104, Einleitung, Erl. II, 3c, vornehmlich Manigk. a. a. O. —

[173]) Nicht der direkten, da § 164 nur von Willenserklärungen spricht.

[174]) Manigk, Rechtsgeschäfte S. 364 ff., 390 ff., WE., S. 568 ff. —

[175]) Oertmann zu § 164, 1b ß; Manigk, WE., S. 467, 573, 589; Jeroschewitz, S. 85 u. die von ihm dort Angeführten. —

er irgendwie in der Außenwelt betätigt worden ist, die Richtung der Rechtswirkungen bestimmt.

Es ist nun richtig, wenn Jeroschewitz diese Erkenntnis zur Lösung der Frage verwertet, wohin bei Stillvertretung das Eigentum fällt. Der Tatbestand des § 151 BGB. trifft auf diesen Fall zu. Zwar wird die in der Traditionsofferte liegende Frage des Veräußerers, ob überhaupt eine Annahme erfolgen solle, nicht durch Willensgeschäft sondern durch stillschweigende Willenserklärung beantwortet; denn der Veräußerer hat ein Interesse zu erfahren, ob Eigentum überhaupt übergehen soll, er verzichtet daher nicht auf die, wenn auch nur stillschweigend erfolgende Erklärung des Annahmewillens als solchen. Anders liegt es aber mit der von dieser Annahme verschiedenen, dem Mittler obliegenden Bestimmung der Person des Erwerbers. Ist dem Stillvertreter aus den Umständen, unter denen ihm der Veräußerer die Traditionsofferte zugehen läßt, erkennbar, daß der Tradent nicht einer bestimmten Person Eigentum übertragen will, so kann er daraus dessen Verzicht auf eine Erklärung darüber entnehmen, für wen er die Sache erwerben will. Der Kundgabe des Willens für einen anderen zu erwerben, die nur bei einem darauf zielenden Interesse des Veräußerers erforderlich wäre, bedarf es in diesem Falle nicht. Ebensowenig kann bei der Annahme von einer Absicht des Vertreters, dem Vertragsgegner kundzutun, ob er für sich oder für einen andern erwerben wolle, die Rede sein. Der Stillvertreter nimmt also nicht durch stillschweigende Willenserklärung, sondern durch eigenmächtiges Willensgeschäft die Bestimmung der Person des Erwerbers vor. Derjenige, den das Geschäft angeht, wird hier somit lediglich durch den irgendwie hervorgetretenen Willen des Stillvertreters bestimmt. Das Offenheitsprinzip des § 164, II kommt nicht in Betracht.

Als Indiz für den vermutlich betätigten Geschäftswillen des Stillvertreters ist vor allem das zwischen ihm und dem Vertretenen bestehende Rechtsverhältnis heranzuziehen. Denn wer als Bevollmächtigter eine Sache für einen anderen erwerben soll, will in der Regel auch für den Vollmachtgeber erwerben. Doch bleibt es ihm unbenommen, sich kraft eigenen Willens über jene Beziehungen hinwegzusetzen und in eigenem Namen zu handeln. Auch darüber entscheiden die Indizien.[176])

Daß hier der Wille des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln, von ausschlaggebender Bedeutung ist, ist der Vorzug dieser Lösung gegenüber den Versuchen, die Frage des Eigentumserwerbs auf objektive Momente abzustellen. Von der Theorie Oertmanns und seiner Anhänger unterscheidet sie sich einmal dadurch, daß das Offenheitsprinzip nicht willkürlich und

[176]) Manigk, WE., S. 590. —

gewaltsam beseitigt ist, seine Ausschaltung vielmehr auf Auslegung beruht. Zum anderen ist hier im Gegensatz zu jener Auffassung der dogmatisch gerechtfertigte Nachweis erbracht, warum einerseits der Fremderwerbswille der Vertreters, ohne kundgegeben zu sein, zu wirken, andererseits das Kausalverhältnis für sein Vorhandensein Schlüsse zu liefern vermag.

§ 10.

Weitere Lösung des Problems durch Ausschaltung des Offenheitsprinzips auf konstruktivem Wege durch Schaffung der Rechtsfigur „des rechtsgeschäftlichen Handelns für den, den es angeht."

Einwandfrei und unbedingt anzuerkennen ist die Konstruktion von Jeroschewitz, wenn gleichzeitig mit der Uebereignung die Bestimmung des Traditionsempfängers erfolgt; denn in diesem Falle liegt ein in jeder Beziehung bestimmtes Geschäft vor. Dagegen gibt diese Lösung keine dogmatisch begründete Antwort auf die Frage, weshalb bei einer der Traditionsannahme möglicherweise nachfolgenden Bestimmung der Person des Erwerbers einmal die vorangegangene Traditionsannahme ohne Bestimmung wirken kann, und wie es dann weiterhin zu rechtfertigen ist, daß die Bestimmung der ihr zeitlich vorausgehenden Annahme maßgeblichen rechtserheblichen Inhalt zu verleihen vermag.

Diesen Vorwurf erhebt neuerdings Ernst Cohn[177]) mit Recht gegen die Lehre von Jeroschewitz. Allerdings erkennt auch Cohn die Bedeutung dieses Lösungsversuches, der zum mindesten den rechtlichen Vorgang zutreffend schildere, durchaus an. Er baut daher auch unmittelbar auf den als richtig befundenen Erkenntnissen von Jeroschewitz weiter und sucht so zu einer dogmatisch berechtigten Deutung des Problems zu gelangen.

Cohn argumentiert folgendermaßen: „Gehe der Wille des Veräußerers – dem Mittler aus den Umständen erkennbar — mangels Interesses an der Person eines bestimmten Erwerbers[178]) dahin, daß sein Verhandlungsgegner bestimmen solle, an wen die tradierte Sache gelangen solle, so sei das für diesen eine so günstige Regelung, daß sein Einverständnis mit ihm je-

[177]) „Das rechtsgeschäftliche Handeln für den, den es angeht", S. 153 bis 154. —

[178]) Die Annahme, daß dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig sei, beschränkt Cohn übrigens enger als Jeroschewitz auf diejenigen Fälle, in denen typischerweise Personen, die zu direkter Vertretung beauftragt u. bevollmächtigt sind, nach außen nicht als Vertreter aufzutreten pflegen. (S. 163). —

denfalls dann ohne weiteres unterstellt werden dürfe, wenn er ihm nicht ausdrücklich widersprochen habe.[179]) Es ergreife daher in einem solchen Falle die Unbestimmtheit hinsichtlich des Subjekts den Inhalt des ganzen Vertrages. Es bleibe vorläufig noch unklar, wer Geschäftsherr werden solle, das Geschäft werde geschlossen für den, „den es angeht".

Der Abschluß eines solchen Geschäfts für den, den es angeht, bedeute also genau genommen, noch garnicht die Setzung eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, sondern nur die Schaffung eines hinsichtlich ihres rechtlichen Charakters bestimmungsbedürftigen Zutandes, weil es erst von dem Eintritt eines weiteren Ereignisses, der Bestimmung des Subjekts, abhänge, ob Rechtsfolgen zur Entstehung gelangen können.

Die dem Inhalte des ganzen Geschäfts anhaftende Unsicherheit seiner endgültigen rechtlichen Bedeutung gibt nun Cohn mit Recht den Fingerzeig, es der Lehre von dem Inhalte oder Gegenstande des rechtsgeschäftlichen Handelns innerhalb des Systems des Allg. Teils des bürgerlichen Rechts zuzuweisen.[180])

Cohn stellt das Handeln, für den, den es angeht, also nicht mehr, wie das bisher geschah, als eine Art des stellvertretenden Handelns dar, sondern erweitert den Begriff über das Gebiet der Stellvertretung hinaus, indem er richtig erkennt, daß nicht in allen in Betracht kommenden Fällen der Mittelsmann als Stellvertreter anzusehen ist; auch ein als Empfangsbote auftretender Bote kann nämlich für den, den es angeht, handeln.[181])

Diese Einordnung der durch begriffliche Ausdehnung neu gefundenen Rechtsfigur des rechtsgeschäftlichen Handelns für den, den es angeht, und ihre rechtliche Anerkennung bieten die Handhabe, das Problem des Eigentumserwerbes durch Stillvertretung um einen weiteren bedeutsamen Schritt der konstruktiv gerechtfertigten Lösung näher zu bringen. Denn da hier die Unbestimmtheit des Subjektes zum Vertragsinhalt geworden, der Wille für denjenigen, den es angeht, zu handeln also erkennbar hervorgetreten ist, so gelingt es, die Anwendung des § 164, II (in dem der „Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervorgetreten ist") auf dieses Geschäft schon rein tatbestandlicher Verschiedenheit zufolge abzulehnen.

In theoretischer Hinsicht kann man den tiefgreifenden Ausführungen Cohns[182]) über die rechtliche Zulässigkeit eines solchen bezüglich des Subjekts noch bestimmungsbedürftigen Geschäfts wegen der verschiedensten im geltenden Recht vorhande-

[179]) Seite 162. —
[180]) S. 13. —
[181]) S. 4, 12. —
[182]) S. 16 ff., 35, 44, 95 ff. —

nen Parallelen beistimmen (Bedingung, Wahlschuldverhältnis, beim Erbfall bis zur Erklärung des Erben über die Annahme oder Ablegung der Erbschaft, im Falle des § 177 BGB.[183])

Die Frage ist nur, ob es in Verbindung mit den weiteren Erfordernissen, die Cohn zur Entstehung seiner endgültigen rechtlichen Gültigkeit aufstellt, dem Eigentumserwerb durch stillen Vertreter auch eine geeignete praktisch brauchbare Grundlage gibt.

Das ist offenbar nicht der Fall; denn der Zustand der Ungewißheit darüber, ob das für den, den es angeht, geschlossene Geschäft einmal wirksam werden wird, besteht nach der Konstruktion Cohns so lange, bis die Bestimmung des Subjekts durch den Bestimmungsberechtigten, im Zweifel des Mittlers, vorgenommen ist. Während dieser Zeit, deren Länge nach Treu und Glauben zu bemessen sei,[184]) hängt also das Geschäft sozusagen in der Luft; der Veräußerer hat die Sache für den, den es angeht, an den Mittler übergeben, dieser übt daran die tatsächliche Gewalt aus, Aenderungen in der Rechtslage aber sind noch nicht eingetreten, da der Uebergebende bis zu der erfolgten Bestimmung noch Eigentümer bleibt. Denken wir gemäß den oben S. 10 u. 11 vorangestellten Verlauf des Eingangsbeispiels an den Fall der Pfändung, so zeigt sich bei dieser Konstruktion gerade diejenige Unsicherheit der Rechtslage, deren Beseitigung praktisch gefordert wird.

Wiewohl der Konstruktion in diesem Punkte unverkennbar eine Schwäche anhaftet, kann trotzdem dieser Schwebezustand m. E. gegen die praktische Verwertbarkeit der Lehre Cohns in ausschlaggebender Weise nicht ausgespielt werden. Der im Geschäftsleben gewiß häufigste Fall ist der, daß gleichzeitig mit der Entgegennahme der Sache oder doch kurz hinterher durch den Mittler die Bestimmung einer Erwerbsperson vorgenommen wird. Der Zustand der Unsicherheit des Geschäfts wird also in der Regel zeitlich auf ein Minimum zusammenschrumpfen. Selbst wenn das Geschäft aber auch durch eine der Uebergabe erst nach geraumer Zeit nachfolgende Bestimmung volle Wirksamkeit erlangt, so ist es jedenfalls immer noch besser, einen Schwebezustand zu schaffen, in dem rechtlich alles beim alten bleibt, als zunächst, wenn auch eventuell nur für

---

[183]) Vgl. im Grundsatz beipflichtend: Oertmann zu § 164, 1b ß; Staudinger zu § 164, 3c; Planck zu § 164 Erl. 1; Rümelin a. a. O., S. 221; R. Leonhard, Allg. Teil S. 364; Enneccerus, Allg. Teil § 166, I 1b ß; Jung, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 47, S. 191 ff.; Manigk bejahend für Geschäfte des tägl. Lebens „Rechtsgeschäfte", S. 334 ff.; JW. 1921, S. 1309 Anm.; im Grundsatz dagegen in „Rechtsgeschäften", S. 320; ferner dafür: Pestalozzi, Die indirekte Stellvertretung, Züricher Diss. 1927, S. 49; a. A.: Hellwig. Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 243. —

[184]) a. a. O. S. 75. —

einen Augenblick, dem Mittler Eigentum zuzusprechen, ihn also als Rechtsvorgänger des Vertreters zu behandeln,[185]) was weder gerechtfertigt ist noch dem Willen der Beteiligten entspricht.

Welche rechtliche Natur diese Bestimmung nach Cohn nun aber haben und auf welche Weise sie erfolgen soll, geht aus den dortigen Ausführungen nicht hervor. Cohn spricht zwar öfters von Bestimmungserklärung; daraus ließe sich entnehmen, daß er ihr die rechtliche Bedeutung einer Willenserklärung zuschreibt.

Auf die Katechorie der Willenserklärungen will Cohn den Begriff „Bestimmung" aber offenbar nicht beschränkt wissen, da er ausdrücklich hervorhebt,[186]) daß die Bestimmung, wenn sie durch Willenserklärung vorgenommen werde, einseitig und empfangsbedürftig sei. Er deutet durch diese Formulierung offenbar an, daß die Bestimmung auch anderer Beschaffenheit sein könne. Es genüge nämlich, wie er weiter darlegt, unter den Voraussetzungen des § 151 BGB. (z. B. bei einem wegen mangelnden Interesses des Veräußerers an der Person des Erwerbers dem Mittler erkennbaren Verzicht auf eine Erklärung der Bestimmung), daß der Wille des Handelnden, eine Bestimmung zu treffen, irgendwie zur Aeußerung gelange.[187]) Ja, er geht noch weiter, wenn er „in der Entgegennahme des Auftrages, der Empfangnahme des Geldes und dem schließlichen Einkauf" eine Bestimmung des Herrn zum Traditionsempfänger erblickt.[188])

Cohn verwendet also auch die „Indizien" im Sinne Manigks, um aus ihnen Schlüsse auf den vermutlich betätigten Willen des Vertreters zu ziehen. Dies ist aber nur möglich, wenn die nach § 151 BGB. vorgenommene Bestimmung als Willensgeschäft angesehen wird, wofür alle oben angegebenen Gründe sprechen. Den Ausdruck „Willensgeschäft" vermeidet Cohn jedenfalls, ob er dem Willensgeschäft auch der Sache nach ausweicht, läßt er nicht klar hervortreten; die hervorgehobenen Stellen sprechen jedenfalls gegen diese Annahme.

Auch dieser Versuch hat also ebenso wie der von Jeroschewitz den Nachweis erbracht, daß es der Methode der Interessenabwägung bezüglich der Frage, ob das Offenheitsprinzip des § 164 Abs. II auszuschalten sei oder nicht, keineswegs bedarf, daß vielmehr bereits der konstruktive Weg zu einer im ganzen befriedigenden Lösung des Problems führt. Vor allem aber haben beide Lehren übereinstimmend mit erfreulicher Deutlichkeit hingewiesen auf den

---

[185]) Wie das die Vertreter des Offenheitsprinzips und des antizipierten Besitzkonstituts wollen. —

[186]) S. 71. —

[187]) S. 72. —

[188]) S. 166. —

Parteiwillen als das entscheidende Merkmal für die Frage, welches Kriterium die Person desjenigen, den das Geschäft angeht, bestimmt.

Die hier angestellten mannigfachen Untersuchungen sind zu dem juristisch haltbaren Ergebnis gelangt, daß die für den Eigentumsübergang notwendige Einigung auch bei stiller Vertretung unmittelbar zwischen Veräußerer und Vertretenem wirken kann.

Kapitel III.
Prüfung der Möglichkeit eines Besitzerwerbs bei stiller Vertretung.

§ 11.

Begriffliches und Arten des Besitzerwerbs durch Dritte.

Die Einigung genügt aber noch nicht zur Eigentumsübertragung nach § 929 BGB., sondern es bedarf noch eines zweiten Erfordernisses: der Uebergabe. Unter Uebergabe ist, wie die Motive [189]) ausdrücklich hervorheben, Verschaffung des Besitzes zu verstehen. Man hat somit bei der Untersuchung der Möglichkeit eines Besitzerwerbs durch stille Vertretung zunächst die Frage zu behandeln, ob der Besitzbegriff des geltenden Rechts seinem Wesen nach eine Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze der §§ 164 ff. gestattet oder ob und in welchen Fällen etwa sonst das bürgerliche Gesetzbuch einen Besitzerwerb durch Mittelspersonen für zulässig erklärt.

Die Frage, ob zum Erwerbe des Besitzes nach § 854, I BGB. ein Besitzwille erforderlich ist, ist umstritten. Darin zwar ist man sich durchaus einig, daß neben der Erlangung der tatsächlichen Gewalt die Notwendigkeit eines dem gemeinrechtlichen animus possidendi ähnlichen Besitzwillens zu verneinen sei. Bereits aus den Protokollen [190]) geht hervor, daß es dem Gesetzgeber darum zu tun war, das Erfordernis des Besitzwillens aus dem Besitzbegriff zu bannen, da in vielen Fällen, „ein Erwerbswille sich nur mit Hilfe willkürlicher Annahme und Fiktion konstruieren lasse". Ebenso wurde die Vorschrift über Anwendung der Stellvertretungsvorschriften der §§ 164 ff. auf das Besitzrecht von der Kommission für die zweite Lesung (§ 801 Entw. I) beseitigt.

---

[189]) Bd. III, S. 334; ebenso: Staudinger zu § 929, III, 1; RGR. Komm. § 929 Nr. 4; Wolff, Sachenrecht § 66, I, 1.

[190]) Prot. III, S. 30 u. 33; Motive Bd. III, S. 81. —

Damit war aber noch nicht gesagt, daß der Wille des Erwerbers zu völliger Bedeutungslosigkeit herabsinken sollte;[191]) denn Herrschaftsausübung ohne einen darauf gerichteten Willen ist, wie Wendt[192]) mit Recht hervorgehoben hat, ganz unmöglich. Es ist jedoch daran festzuhalten, daß dieser Besitzwille im Gegensatz zu dem gemeinen Recht nicht mehr ein selbständiges, der Erlangung der tatsächlichen Gewalt gleichgestelltes Erfordernis des Besitzerwerbs ist, daß vielmehr nach vorherrschender Ansicht Besitzwille nur noch als Bestandteil der tatsächlichen Gewalt bedeutsam sein kann.[193]) Der Besitzwille ist nunmehr ein tatsächlicher „natürlicher Wille, niemals ein rechtsgeschäftlicher Erfolgswille".[194])

Da aber, wie zu Anfang erwähnt, in den Fällen, in denen der Erfolgswille nicht Tatbestandsmerkmal ist, von einem Handeln „im Namen eines anderen" nicht gesprochen werden kann,[195]) so steht das Wesen des Besitzes als eines rein tatsächlichen Verhältnisses der Person zur Sache einer Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze entgegen.[196])

Da also der Wille des Vertreters, für den Vertretenen die tatsächliche Gewalt auszuüben, unerheblich ist, der Vertreter daher nur Alleinbesitzer würde, ohne daß sein Besitz schon kraft seines Willens Fremdwirkung auszustrahlen vermöchte, so wäre grundsätzlich die Frage, ob ein Besitzerwerb durch Dritte[197]) unzulässig wäre, zu bejahen. Bewußt wollte aber der

---

[191]) Vgl.: Prot, Bd. III, a. a. O.: Staudinger z. § 854 2b. —

[192]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87, S. 84 ff. —

[193]) Vgl. Biermann, Vorbem. 3c z. § 854; Rosenberg, Komm. Sachenr. I, 2. Abs. IV z. § 854; Planck III, Erl. 2z. § 854; Kaemmerer, Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb n. d. Recht d. bürgerl. Gesetzb. S. 18; siehe weitere ausführliche Begründung besond. b. Jeroschewitz, a. a. O., S. 92 ff. —

[194]) Manigk, WE, S. 658, „Rechtsgeschäfte." S. 356 ff.

[195]) h. A.; vgl. z. B. Staudinger z. § 164 Erl. 3; Planck z. § 164 Erl. 1a; RGR. Komm. Vorbem. z. § 164; Manigk, „Rechtsgeschäfte", S. 297 ff., 313, 361; WE., S. 569; Kaemmerer, a. a. O., S. 25. —

[196]) Dies ist weitaus h. M. Motive Bd. III, S. 89; Planck zu § 164, 5a; Rosenberg zu § 854 V; Leonhard Fr., S. 57 ff. u. 98 ff. Manigk, Rechtsgeschäfte, S. 356 ff., WE., S. 656, 677, 694; Isay, S. 348 ff.; Fleck, im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 15, S. 374; Bartels in: Gruch. Beitr. Bd. 42, S. 665; Kaemmerer, a. a. O., S. 16 ff., 28 ff.; Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, S. 85, 88; dagegen: Cosack (§ 186, IV S. 68 ff. § 187, I 4), der bei Besitzerwerb durch Uebergabe im Gegensatz zum ursprünglichen Besitzerwerb die §§ 164 ff. zur Anwendung bringen will, weil ersterer rechtsgeschäftlicher Natur sei; ebenso dagegen: Kohler (Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 18, S. 79), der noch weitergehend auch auf den originären Besitzerwerb, weil dieser nach seiner Ansicht ein Rechtsgeschäft sei, die Stellvertretungsgrundsätze anwendet (siehe Jeroschewitz, S. 95). —

[197]) Man spreche folgerichtig deshalb auch nicht vom Besitzerwerb durch Stellvertretung, wie Manigk (Rechtsgeschäfte, S. 359, WE., S. 677) zutreffend hervorhebt. —

Gesetzgeber durch Ausgestaltung der Besitzverschaffung als Realakt die Stellvertretungsgrundsätze ausschalten, um das Auftreten von Mittelspersonen beim Besitzerwerb in anderer Weise regeln zu können.[198]) Dies ist unbestritten geschehen durch die Schaffung der Spezialnormen der §§ 854, II und 855;[199]) dagegen ist streitig, ob auch § 868 hierunter zu rechnen ist.

Nach § 854, II genügt für den Besitzübergang die Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Dieser Tatbestand trifft für den uns hier beschäftigenden Fall nicht zu, da beim Eigentumserwerb durch Stillvertretung der Vertretene regelmäßig die Gewalt über die Sache nicht ausüben wird. § 854, II scheidet daher für unsere Betrachtung aus. Hervorgehoben sei nur, daß über die Rechtsnatur dieser Einigung Streit besteht. Einige[200]) erblicken in ihr ein Rechtsgeschäft; nach richtiger Ansicht[201]) ist der Wille der Parteien nur ein t a t s ä c h l i c h e r, kein rechtsgeschäftlicher, weil er sich nur auf das tatsächliche Haben der Sache bezieht; §§ 164 ff. können also nicht angewandt werden.

§ 12.

B e s i t z d i e n e r s c h a f t.

§ 855 BGB. regelt den Fall der Besitzdienerschaft. Der Besitzdiener übt für den Herrn nur die tatsächliche Gewalt aus, während den unmittelbaren Besitz der Herr hat.[202]) Ein Besitzdiener ist in den Händen seines Herrn ein bloßes „Werkzeug";[203]) er hat den Anordnungen des Herrn in Bezug auf die Sache unbedingt Folge zu leisten. Diese Gehorsamspflicht des Besitzdieners braucht nicht notwendig einem zwischen ihm und dem Herrn bestehenden Rechtsverhältnis zu entspringen, sondern es ist gerade entscheidend die für den Herrn bestehende Möglichkeit des jederzeitigen Eingreifens u n a b h ä n g i g von einer

---

[198]) Vgl. Cohn, a. a. O., S. 156. —

[199]) Fr. Leonhard, a. a. O., S. 57 ff.; Langen, a. a. O., S. 87 ff. Staudinger zu § 854, 4; Biermann zu § 855 Nr. 2 u. a. m. —

[200]) Wolff, Sachenrecht, § 11, II S. 30 ff.; Fr. Leonhard, S. 58; Staudinger zu § 854; RGR. Komm. zu § 854. —

[201]) Planck zu § 854 Erl. 3a; Manigk, WE., S. 660 ff., 691 ff. Bruns, a. a. O., S. 92 ff.; u. a. —

[202]) Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 855 zwar nur auf die A u s ü b u n g, der dem Besitzherrn bereits zustehenden tatsächlichen Gewalt durch Besitzdiener, doch muß das auch für den E r w e r b des Besitzes gelten; erlangt nämlich der Besitzdiener in dem Haushalt, Erwerbsgeschäfte etc. seines Herrn für diesen die tatsächliche Gewalt, so erwirbt unmittelbaren Besitz der Herr (§ 854, I vgl. Rosenberg § 855, V). —

[203]) Prot. Bd. III., S. 32. —

rechtlichen[204]) Bindung. Die Folgepflicht ergibt sich also aus dem Verhältnis der sozialen Abhängigkeit und Unterordnung, in dem die h. M. das Kennzeichen der Besitzdienerschaft erblickt.[205])

Ist als Charakteristikum für den Besitzdiener festgestellt, daß er „unter dem regelmäßig tatsächlichen unmittelbaren Einfluß des Besitzherrn steht",[206]) so ist das aber, wie das RG.,[207]) Leonhard[208]) und andere mit Recht hervorheben, nicht so zu verstehen, als ob dieser unmittelbare Einfluß des Herrn nur auf seine Geschäftsräume beschränkt sei; er besteht darüber hinaus auch bei räumlicher Entfernung fort. Nur darf die Möglichkeit unmittelbarer tatsächlicher Einwirkung auf die Sache durch den Besitzherrn nicht dauernd ausgeschlossen sein.[209])

Damit nun der Besitzdiener dem Herrn den unmittelbaren Besitz erwerbe, muß er den Willen haben, für seinen Herrn und nicht für sich selbst zu handeln. Dies ist zwar bestritten,[210]) rechtfertigt sich aber aus den oben bei Erörterung des Besitzbegriffes aufgeführten Erwägungen.[211])

Die Natur der Besitzdienerschaft als eines tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisses weist diesem Willen aber die Stellung eines rein faktischen, auf das Haben der Sache für den Herrn gerichteten, nichtrechtsgeschäftlichen Willens zu. Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze ist daher abzulehnen, sodaß es des Auftretens des Besitzdieners nach außen nicht bedarf, worüber Einmütigkeit in der Literatur herrscht.[212])

Tritt also ein Besitzdiener (z. B. eine Haushälterin oder eine Köchin, die innerhalb ihres Wirkungskreises im Laden einkaufen), nicht erkennbar als solcher auf, bleibt er also still, so er-

[204]) Rosenberg II, 2e zu § 855; Biermann z. § 855 2b; Planck z. § 855 Ziff. 2; Warn. Rechtspr. 1912 Nr. 261, 394; Stolz, Der Besitzdiener u. d. Vertretung beim Besitzerwerb, S. 31. —

[205]) Vgl. Literatur bei Bruns, a. a. O., S. 144; neuerdings auch Jung bei Stammler, S. 927. —

[206]) Planck zu § 855 Ziff. 2. —

[207]) RG. Bd. 71, S. 251. —

[208]) Fr. Leonhard, a. a. O., S. 77. —

[209]) RG. Bd. 66, S. 258 ff.; Last, in Jherings Jahrb. Bd. 63, S. 114; Rosenberg zu § 855, II e; Biermann zu § 855, Erl. 2; Cosack § 11, I, 3a; Staudinger zu § 855, II, 2b; Seuff. Arch. Bd. 57, S. 35; anders: Planck zu § 854, Ziff. 2. —

[210]) Vgl. dafür: Bruns, S. 149; dagegen z. B.: Biermann zu § 855 Erl. 4a; Staudinger zu § 855 Erl. II, 4; Przibilla, in: Jherings Jahrb. Bd. 50, S. 348. —

[211]) Auch ein Besitzerwerbswille des Herrn ist erforderlich. Dieser ist ein genereller, der während der ganzen Dauer des Abhängigkeitsverhältnisses vorhanden ist u. sich auf alle Sachen erstreckt, die von dem Besitzdiener in dieser seiner Eigenschaft erworben werden. (Vgl. Bruns, a. a. O., S. 149; Jeroschewitz, S. 104). —

[212]) Vgl. statt aller: Biermann zu § 855 Erl. 4a. —

wirbt mit der Uebergabe der Sache durch den Veräußerer an den Besitzdiener die Herrschaft den unmittelbaren Besitz daran. Das zweite Erfordernis für die Eigentumsübertragung, die Uebergabe, hat sich somit in diesem Falle mit unmittelbarer sofortiger Wirkung für den Besitzherrn vollzogen.

§ 13.

Besitzmittlung.

Nicht immer jedoch steht der Beauftragte zu dem Auftraggeber in dem in § 855 geforderten Abhängigkeitsverhältnisse, seine Stellung kann freier, selbständiger sein, sodaß der Auftraggeber wegen Wegfalles der Voraussetzungen des § 855 nicht mehr den unmittelbaren Besitz erlangen kann. Ein praktisches Bedürfnis erfordert aber auch den Schutz dessen, der sich zwar nicht in unmittelbaren Besitz der Sache befindet, aber zu ihr und dem jetzigen Inhaber in rechtlichen Beziehungen steht. Diesem Bedürfnis ist durch die Einrichtung des mittelbaren Besitzes Rechnung getragen.

Nur wenn der Begriff der Uebergabe im Sinne von § 929 BGB. auch Verschaffung des mittelbaren Besitzes mitumfaßt, wäre die Erlangung des mittelbaren Besitzes für den Eigentumsübergang als hinreichend anzusehen.

Die h. M.[213]) bezeichnet auch den mittelbaren Besitz als wahren Besitz. Ganz anderer Ansicht ist nur Fr. Leonhard,[214]) der den Begriff „Uebergabe" auf die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes beschränkt, da ja die §§ 930 u. 931 BGB. die Zuwendung des mittelbaren Besitzes lediglich als Ersatz der Uebergabe bezeichneten. Um das sich auf diese Weise ergebende unbefriedigende Ergebnis zu umgehen, sucht Leonhard den Eigentumserwerb des Vertretenen dadurch zu ermöglichen, daß der Veräußerer, der zunächst Eigentümer geblieben sei, seinen Herausgabeanspruch gegen den sich im Besitz der Sache befindlichen Vertreter gemäß § 931 BGB. an den Vertretenen abtrete, und zwar nehme er diese Abtretung der Mittelsperson als dem Vertreter des Geschäftsherrn gegenüber vor.

Gegner dieser Konstruktion sind Isay[215]) und Langen.[216]) So macht Isay geltend, der Herausgabeanspruch des Veräußerers gegen den Vertreter könne nur dann vorhanden sein, wenn der

---

[213]) Denkschr. z. bürgerl. Gesetzb., S. 111; Wolff, Sachenrecht, § 8, III; Planck zu § 868 Bem. 1 u. 5; Wolff, in Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 146 ff.; Rosenberg zu § 868, III, 2; Staudinger zu § 868, IV; Endemann 1900, § 39, 1b und § 80 zu Anm. 19; Kress, Besitz u. Recht, S. 39 ff.; Bruns, S. 155; Cohn, S. 156.

[214]) a. a. O., S. 23 ff., 57 ff., 84 ff. —

[215]) Jsay, Geschäftsführung, S. 343 ff. —

[216]) Langen, a. a. O., S. 88 ff. —

Veräußerer die Sache von dem Vertreter wieder haben wolle. Mit diesem Satz kann aber Isay der Lehre Leonhards den Boden nicht entziehen, da er damit den Unterschied zwischen dem Bestehen des Anspruchs und seiner Geltendmachung verkennt. Der Eigentumsanspruch aus § 985 BGB. ist nämlich existent, sobald der Eigentümer den Besitz an der Sache nicht mehr hat; sein Bestehen ist nicht etwa davon abhängig, ob der Eigentümer ihn geltend machen will oder nicht. [217]) Damit erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren Untersuchungen Isays, ob es möglich sei, einen Anspruch abzutreten, der im Augenblick der Abtretung noch gar nicht bestehe. [218])

Langens Argumentation, die Parteien hätten Eigentumsübertragung im Wege der Uebergabe, nicht auf dem der Abtretung des Herausgabeanspruchs beabsichtigt, begegnet dem Bedenken, daß sie bei den Parteien Bewußtsein von der juristischen Konstruktion als notwendig voraussetzt. Demgegenüber ist aber hervorzuheben, daß von Erheblichkeit nur der auf eine Rechtsfolge gerichtete Wille der Vertragsschließenden sein muß, bedeutungsvoll also ist, ob diese „überhaupt ein Rechtsverhältnis begründen wollten und dies einander erklärten;“ [219]) nicht aber ist in diesem Rechtsfolgewillen „Kenntnis von der juristischen Konstruktion eines Aktes“ enthalten. [220])

Leonhards Gedankengang ist also an sich konstruktiv garnicht so „völlig unmöglich“, [221]) wie es dargestellt wird. Doch ist seine Ansicht deswegen abzulehnen, [222]) weil man dieses Umweges nicht bedarf. Die §§ 930, 931 BGB., auf die sich Leonhard beruft, behandeln wesentlich anders geartete Fälle insofern, als dort ein Ersatz der Uebergabe erforderlich wurde, weil der Veräußerer im unmittelbaren Besitz der Sache verblieb, der Besitzübergang auf den Erwerber ohne die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses also der erforderlichen Erkennbarkeit entbehrt hätte. In dem hier vorliegenden Falle spielt sich der Besitzübertragungsvorgang aber garnicht nur zwischen zwei Personen, dem Veräußerer und Erwerber ab, vielmehr tritt zwischen beide noch eine dritte Person, die die Sache von dem Veräußerer tatsächlich übergeben erhält; die Aenderung der Besitzlage ist also erkenntlich.

---

[217]) Jeroschewitz, S. 110—111. —

[218]) Isay, a. a. O., S. 345. —

[219]) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 265. —

[220]) Manigk, a. a. O., S. 101; Rechtsfolgetheorie im Gegensatz zur Theorie „der empirischen Absicht“ (vgl. hierzu: Jeroschewitz, S. 112 u. Anm. 223. —)

[221]) Siehe: Isay, a. a. O., S. 345. —

[222]) Außer den Angeführten gegen Leonhard: Rümelin S. 260 ff.: Planck zu § 929 Erl. 5; Biermann z. §. 929 3b; Przibilla in: Jherings Jahrb. Bd. 50, S. 331 ff.; Eger, Vertreter beim Eigentumserwerb, S. 25—27; u. a. —

Ob die Zwischenperson als Eigenbesitzer oder als Besitzmittler für einen anderen besitzt, bedeutet an sich keinen Unterschied.[223])

Sodann ist im bürgerlichen Gesetzbuch auch anerkannt, daß der mittelbare Besitz ebenfalls ein wahrer Besitz sei. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, daß der mittelbare Besitzer, wie Biermann[224]) und Strohal[225]) richtig hervorheben, nicht denselben Rechtsschutz genießt, wie der unmittelbare (§ 869 BGB.), und daß nicht überall im Gesetz, wo von Besitz die Rede ist, auch der mittelbare Besitz verstanden werden darf. Trotzdem begreifen aber im BGB. die Worte „Besitz" und „Besitzer" in überwiegender Mehrheit den mittelbaren Besitz ein (vgl. z. B. die §§ 258, 268).[226]) Außerdem spricht das Gesetz im § 868 selbst aus, daß „auch" der andere Besitz erwerbe, es also keiner unmittelbaren Uebergabe mehr an den Herrn seitens des Mittlers bedürfe.[227]) Zwar hat der mittelbare Besitzer nicht die Möglichkeit der tatsächlichen Einwirkung auf die Sache, doch ist das Herrschaftsband nur vorübergehend gelockert, eine Gewalt steht kraft des Innenverhältnisses auch dem mittelbaren Besitzer zu, und zwar vermöge dieses Verhältnisses, kann man sagen, sogar die eigentliche. Man wird daher die Erlangung des mittelbaren Besitzes der des unmittelbaren gleichzustellen haben und für den Eigentumserwerb nach § 929 BGB. genügen lassen müssen.[228]) Ein Besitzerwerb nach § 868 kann nur dann erfolgen, wenn einmal der Herr ein Recht auf Besitzerwerb hat, und zwar vermöge eines zwischen ihm und dem Mittler abgeschlossenen Rechtsverhältnisses, und wenn zum anderen der Mittler auf Grund dieses dem Herrn zustehenden Rechtes unmittelbaren Besitz erwirbt.

Die Beschaffenheit des besitzmittelnden Rechtsverhältnisses wird nicht näher angedeutet; das Gesetz führt nur einige Beispiele an („Nießbraucher, Pfandgläubiger usw.") und fährt dann fort: „oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist". Ob unter diese „ähnlichen Verhältnisse" seinem Wesen nach auch das auf Erwerb einer Sache gerichtete Auftragsverhältnis fallen kann, ist die Frage.

Darüber, welches der gemeinsame hervorstechende Zug dieser „ähnlichen Verhältnisse" ist, gehen die Ansichten sehr ausein-

---

[223]) Cohn, S. 156.
[224]) Biermann zu § 868 Erl. 1
[225]) Strohal, in Jherings Jahrb. Bd. 38, S. 39. —
[226]) Siehe hierzu: Rosenberg zu § 868, III, 1 und: RG. in Gruch. Beitr. Bd. 53, S. 693 ff. —
[227]) Staudinger zu § 868, 4a. —
[228]) so auch Jung, bei Stammler, S. 947—948. —

ander. Einige [229]) betonen, daß der Mittler sein Recht von dem mittelbaren Besitzer „ableiten" müsse. Ein von einem anderen abgeleiteter Besitz ist nach Wendt [229]) und Planck [229]) als Merkmal für ein ähnliches Verhältnis deshalb zu fordern, weil das Gesetz auch an anderen Stellen diesen Ausdruck gebrauche (§§ 941, 981, 991).

Aus dieser Auffassung hat dann früher Endemann [230]) gefolgert, daß mittelbarer Besitz nur durch eine Nachfolge des Besitzmittlers in den Besitz entstehen könne, nie aber originär aus einer Handlung des Mittlers.

Mit Recht hat sich gegen diese Ansicht Fr. Leonhard, [231]) gewandt; da übrigens Endemann später [232]) seine ursprüngliche Meinung selbst verwirft, braucht hier nicht näher darauf eingegangen zu werden.

Gegen die Vertreter der Auffassung, daß gerade in dem Ableiten des Besitzes von dem mittelbaren Besitzer das Charakteristikum des „ähnlichen" Verhältnisses zu finden sei, ist zu sagen, daß jeder sein Recht zum Besitz von einem anderen ableitet, wenn er mit Einwilligung des bisherigen Besitzers erworben hat, ohne daß er darum stets Besitzmittler wird. Andererseits gibt es Besitzmittler, die aus eigenem Recht den Besitz an der im mittelbaren Besitz eines anderen stehenden Sache ergriffen haben, ihr Recht also nicht von dem Oberbesitzer „ableiten". [233])

Außerdem können die von Wendt und Planck angeführten Paragraphen zur Begründung nicht herangezogen werden, da § 868 das Wort „ableiten" gerade vermeidet, sich also bewußt in Gegensatz zu den Fällen des abgeleiteten Besitzes setzt. [234])

Bei folgerichtiger Durchführung würden diese Ansichten mittelbaren Besitz nur dann annehmen dürfen, wenn die Sache sich vorher im unmittelbaren Besitze des mittelbaren Besitzers befunden hat und von ihm an den Mittler gekommen ist. [235])

Daß eine solche Auslegung zu eng ist und den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht wird, beweist Fr. Leonhard [236]) an einem Beispiel. Seine Ausführungen gelangen zu dem Ergebnis, das gesuchte Merkmal müsse darin erblickt werden, daß der Be-

---

[229]) RG. Bd. 49, S. 173; Wolff, Sachenrecht II, 1 § 8 I, 1 a, Biermann 2c zu § 868; Planck 2b zu § 868; Wendt, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 87, S. 44.

[230]) Endemann, Lehrb. 1900, Bd. II, S. 125 ff. § 32. —

[231]) a. a. O., S. 61. —

[232]) Lehrb. 1905 § 32 Note 13, S. 163. —

[233]) zB. Der Vermieter als Pfandgläubiger der eingebrachten Sachen des Mieters; vgl. Rosenberg zu § 868, II e; Kaemmerer, a. a. O., S. 158. —

[234]) Endemann 1905, § 32 Anm. 13. —

[235]) so: Kress, Besitz u. Recht, S. 193 ff. Endemann 1900, a. a. O. —

[236]) S. 61. —

sitzmittler „aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben habe". Daß aber ein „Vermögensopfer" des mittelbaren Besitzers nicht „in jedem Falle" vorzuliegen braucht, hat richtig Isay dargetan.[237])

Meines Erachtens hat Strohal[238]) das Wesen des mittelbaren Besitzes am klarsten erkannt, wenn er hervorhebt, das besitzmittelnde Verhältnis müsse ein derartiges sein, daß der Besitz des Mittlers als ein ihm von dem mittelbaren Besitzer „anvertrauter" erscheine. Der Ausdruck „anvertraut" ist allerdings irreführend, da er den Anschein erweckt, als ob der Besitzmittler den Besitz der Sache vom mittelbaren Besitzer als Oberbesitzer erhalten haben müsse. So hat Leonhard (a. a. O.) in seiner Polemik gegen Strohal dies von Strohal aufgestellte Merkmal des „Anvertrauens" offenbar auch aufgefaßt, da er, wie bereits hervorgehoben, an seine Stelle das andere Erfordernis des „Vermögensopfers" setzen will.

In diesem Sinne will Strohal den Ausdruck aber nicht verstanden wissen, da er in seinen weiteren Ausführungen die Zulässigkeit des Erwerbs durch Stellvertretung selbst hervorhebt[239]). Deutlich sprechen sich auch Rümelin[240]), Langen[241]) und Bruns[242]) dahin aus, daß es keinen Unterschied mache, ob der Mittler den Besitz von dem mittelbaren Besitzer selbst erhalten habe, oder ob er diesem den Besitz erst erwerbe.

Nach dem Gesetz ist als Kriterium für die unter § 868 fallenden ähnlichen Verhältnisse ausschlaggebend:

1. die Berechtigung und Verpflichtung des Mittlers zum Besitze auf Zeit, und

2. der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers.

Daraus folgert dann auch die h. M.[243]) mit Recht die Notwendigkeit, das Auftragsverhältnis, das den Beauftragten verpflichtet, eine schon im Besitz des Auftraggebers stehende Sache zu verkaufen, als ähnliches Verhältnis im Sinne von § 868 anzusehen, da der Beauftragte den Besitz einer dem Auftraggeber bereits gehörenden Sache erhalten hat, und der Auftrag den Beauftragten bis zur Uebergabe der Sache an den Dritten zur Verwahrung berechtigt und verpflichtet.

Ist also der Auftrag seiner Struktur nach ein „ähnliches" Verhältnis im Sinne von § 868, so ist m. E. der Auffassung beizu-

---

237) Isay, a. a. O., S. 274 ff.; ebenso: Rosenberg II, 2c; u.: Kaemmerer, a. a. O., S. 160. —

238) Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 38, S. 22. —

239) a. a. O., S. 21 unter c und S. 23; Kaemmerer, a. a. O. —

240) Rümelin, a. a. .O., S. 263 ff. —

241) Langen, a. a. O., S. 94. —

242) Bruns, a. a. O., S. 154. —

243) Wolff § 8, 1c, I.; Planck 2b ß zu § 868; Biermann 2c zu § 868; u. a.

stimmen, daß es gleichgültig sein muß, ob der Auftrag dahin lautet, eine dem Oberbesitzer gehörige Sache eine bestimmte Zeit zu besitzen, oder sie diesem von einem Dritten zu erwerben; denn es ist in dem Auftrag, eine Sache für einen anderen zu erwerben, auch zugleich das Recht und die Pflicht des Beauftragten enthalten, die Sache eine gewisse Zeit vom Erwerb von einem Dritten bis zur Ablieferung an den Auftraggeber zu verwahren. Die Pflicht des Beauftragten zur Herausgabe ergibt sich aus § 667 BGB.[244] [245]

Damit nun der Auftraggeber mittelbaren Besitz erlangt, ist es nach dem Wortlaut des Gesetzes erforderlich, daß der Beauftragte die von ihm erworbene Sache „als Beauftragter" besitzt; das setzt aber voraus, daß er die Sache auf Grund des Auftragsverhältnisses erworben,[246] d. h., daß er den Willen gehabt hat, die Sache für den Vertretenen zu erwerben[247] und zu besitzen.

Die Gegenansicht,[248] die es auf das objektive Bestehen eines Rechtsverhältnisses abstellt, verkennt die Bedeutung des Willens als die Rechtsverhältnisse schaffende Kraft; sie würde nämlich dem Beauftragten die Möglichkeit, die Sache für sich zu erwerben, gänzlich nehmen. Eine Kundgabe des Eigenerwerbswillens aber muß, wie mit Recht hervorgehoben wird,[249] für die Besitzgestaltung von Einfluß sein.

Auf den Willen des Mittlers, als Beauftragter zu erwerben, den Auftrag auszuführen, ist allerdings so lange zu schließen, als er zu seinem Herrn in einem Rechtsverhältnis der im § 868 bezeichneten Art gestanden hat, und die Sache, die er erworben

---

[244]) Vgl. hierzu: Rosenberg II, 2d zu § 868; Warneyer 1924, Komm. z. § 868, II; Kaemmerer, S. 160 ff.; Cohn, S. 157; anders: Planck, 2d Abs. III zu § 868. —

[245]) Die Frage, ob das Rechtsverhältnis, das die Besitzmittlung bewirkt, gültig sein müsse, ist bestritten. Viele (z. B. Endemann, § 31, I c u. § 32 1b; Cosack § 193a, I, 1a; Kohler, Arch. bürgerl. Recht Bd. 18, S. 76; Fr. Leonhard, S. 71; Biermann 2d zu § 868; Planck 2b zu § 868), lehnen das objektive Bestehen eines Rechtsverhältnisses überhaupt ab; es genüge, wenn der Mittler den Besitz des Oberbesitzers „anerkenne." Dagegen heben Rosenberg (II, 2c zu § 868), Bruns (S. 157) Isay (276), Kress (S. 200 ff.), Wolff (§ 8 II, 1) u. andere mit Recht hervor, daß der Wille allein nie ein Besitzverhältnis, also ein rein faktisches Gewaltverhältnis herstellen könne. —

[246]) Rosenberg zu 868 II, 2b; Isay, S. 275 ff. —

[247]) Last, in: Jherings Jahrb. Bd. 63, S. 84 ff.; Manigk, im: Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 25, S. 320; WE., S. 590 ff.; Bruns, a. a. O., S. 166. —

[248]) Endemann § 38 Ziff, 2; Wolff § 8 Anm. 5; Biermann § 868, 6b, Rümelin, S. 182; Langen, S. 94; Regelsberger, in: Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 123 ff.; Petri, im: Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 111, S. 377; Rosenberg zu § 854 V. —

[249]) Manigk, WE., S. 390, 590 ff.; Bruns, S. 169; Jung, bei Stammler, S. 928—929 u. S. 947, 948. —

hat, mit der in seinem Auftrag genannten identisch ist.[250]) Daraus ist auf seinen Willen, den Auftrag auszuführen, zu schließen, es sei denn, daß er etwas dem Auftragsinhalt Entgegengesetztes ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen kundgegeben hat.[251])

Nicht darf man aber aus dem Ausdruck „als Beauftragter" herauslesen, daß das Gesetz ausdrückliches oder erkennbares Handeln im fremden Namen verlangt, um beim Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch den Mittler für den Auftraggeber mittelbaren Besitz erzeugen zu können.[252]) Diese Annahme beruht auf eine Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze gemäß §§ 164 ff. auf die Bestimmungen über den Besitzerwerb, wogegen sich mit Recht, wie oben dargetan, die h. M. wendet.

Der mittelbare Besitz des Herrn wird nicht durch die rechtsgeschäftliche Handlung zwischen Uebergebendem und Mittler hergestellt, sodaß man an Vertretung und damit an Heranziehung der §§ 164 ff. denken könnte. Vielmehr bestimmt sich die Richtung des Besitzerwerbs nach dem zwischen Herrn und Mittler zur Zeit der Uebergabe bestehenden Verhältnis, das als ein objektives Merkmal für den Besitzmittlungswillen des Beauftragten Bedeutung gewinnt. Ist aber der Wille des Tradenten für den Erwerb des mittelbaren Besitzes des Auftraggebers einflußlos, so entfällt damit auch die Notwendigkeit, daß der Wille des Mittlers, in fremdem Namen zu handeln, ihm gegenüber erkennbar hervortrete.[253])

Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht auch der oben hervorgehobene Umstand, daß das Gesetz in den §§ 854, II, 855 und 868 Spezialregeln für den Besitzerwerb durch Dritte aufstellt; denn so wird lediglich gemäß dem in diesen Paragraphen normierten Voraussetzungen dem Herrn Besitz erworben. Als Erfordernisse für die Besitzmittlung nach § 868 sind aber dort zum Ausdruck gebracht:

1. unmittelbarer Besitz des Mittlers,
2. Vorhandensein eines gültigen Rechtsverhältnisses,
3. Vorliegen des Fremderwerbswillens des Mittlers.

Darüber hinaus ist eine Offenlegung nicht gefordert.

Ebenso wie beim Besitzerwerb durch Besitzdiener muß aber

---

[250]) Oertmann, zu § 164, 1e; Endemann § 38, S. 212 Anm. 16. —

[251]) Manigk, a. a. O.; Bruns, a. a. O., S. 165 ff. —

[252]) das fordern Przibilla, in: Jherings Jahrb. Bd. 50, S. 332; Kress, S. 226 ff.; Planck 2b zu § 868; Staudinger zu § 868 Bem. II 3d; Biermann, Erl. 6b zu § 868; Trendelenburg, Der Besitzerwerb durch Stellvertretung, S. 41. —

[253]) Vgl.: Rosenberg, zu § 854, V; Endemann, Lehrb. 1900; § 38 S. 212 ff. Anm. 15; Fr. Leonhard, S. 57 ff.; Langen, S. 94; Regelsberger, in: Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 423 ff.; Rümelin, S. 182; Isay, Geschäftsführung, S. 351 an einem treffenden Beispiel; Petri, im Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 111, S. 367; Kaemmerer, S. 16 ff., 28 ff.; Bruns, S. 85, 87, 167 ff. —

auch bei der Besitzmittlung der Auftraggeber einen Besitzerwerbswillen haben. Da dieser Wille sich nur auf individuell bestimmte Sachen beziehen kann,[254]) wollen einige[255]) den unmittelbaren Besitz- und Eigentumserwerb bei nur der Gattung nach bezeichneten Sachen nicht zulassen. Das ist grundsätzlich auch richtig. Die Folge wäre nun aber eine außerordentlich tief einschneidende Einschränkung des Begriffs der Uebereignung an ‚den, den es angeht'. Es ist daher zu begrüßen, daß Jung selbst die Handhabe bietet, um über diese Schwierigkeit hinwegzukommen. Die Auftragssache braucht nach der Meinung Jungs durch den Auftraggeber nicht von vornherein bestimmt zu sein, sondern es genügt auch, daß der bloß allgemein bestimmte Auftragsgegenstand in dem Augenblick, in dem ihn der Beauftragte erwirbt, schon ein bestimmter geworden ist. Hat also z. B. bei einem Pferdeerwerb der Mittler die Pferde vor der Uebergabe für den Herrn ausgesucht, d. h. steht fest, daß er eben diese ausgesuchten Tiere für seinen Herrn erwerben will, so ist der Besitzerwerbswille des Auftraggebers im Zeitpunkt der Uebergabe an den Mittler ein insofern bestimmter, als er sich auf „die von seinem Beauftragten ausgesuchte Gattungssache" erstreckt.[256])

Es bestehen damit also bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 868 BGB. gegen einen unmittelbaren Eigentumserwerb hinsichtlich eines direkten Besitzerwerbs keine Bedenken. Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die Fälle der §§ 855, 868 BGB. die Möglichkeit eines direkten Besitzerwerbs bieten, ohne daß es der Offenlegung des Vertreterwillens bedürfte. Die für den Eigentumsübergang erforderliche Uebergabe wirkt hier also auch bei Stillvertretung alsbald für den Herrn.

§ 14.

Schlußwort unter kurzem Hinweis auf die gesetzliche Regelung des Schweizerischen Obligationenrechts.

Der eigentümliche Entwicklungsgang der Ansichten, die den wirtschaftlich gebotenen unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen bei Stillvertretung auch juristisch zu rechtfertigen suchten, ist dargetan. Der Weg, den Doktrin und Judikatur eingeschlagen haben, war oft verschlungen; ihren vereinten Bemühungen aber ist es zu verdanken, daß es in langsamem Fortschreiten schließlich gelungen ist, in bestimmten

[254]) RG. Bd. 52, S. 389. —

[255]) Jung, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 47, S. 189 ff.; 206 ff.; Isay, s. 353 ff.; Bartels, in Gruch. Beitr. Bd. 42, S. 672. —

[256]) Jung, Diss., S. 24 ff.; ebenso: Bruns, S. 169. —

Fällen sich in dogmatisch zu rechtfertigender Weise über das Offenheitsprinzip hinwegzusetzen. Ganz ohne jegliche Schwächen ist, wie wir gesehen haben, keine der Konstruktionen; es galt deshalb, unter den mannigfachen Versuchen den tauglichsten herauszufinden. Unter diesem Gesichtspunkt glaubte der Verfasser der rein begrifflich-konstruktiven Methode den Vorzug geben zu müssen. Ob diese Methode den Vorrang verdient, wird stets mehr oder weniger von der Einstellung und Auffassung des einzelnen abhängen. Einmütigkeit läßt sich in einer solch strittigen Frage nicht eher erzielen, als bis der Gesetzgeber das Problem eindeutig entschieden und sanktioniert hat.

Das ist unter den ausländischen Rechtsordnungen vor allem im Schweizerischen Obligationenrecht vom 30. III. 1911 bereits geschehen. So lautet der Artikel 32 Abs. 2 O. R.: „hat der Vertreter bei dem Vertragsschlusse sich nicht als solchen zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schließen mußte, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schließe".

Auch hier gewinnt also das Interesse des Tradenten an der Person des Erwerbers ausschlaggebende Bedeutung. Rümelins im Anschluß an Bremer und Eck begründete Lehre ist auf fruchtbaren Boden gefallen; sie hat bewirkt, daß ausdrücklich gesetzlich festgelegt wurde, was das Bedürfnis erheischte, aus dem gegenwärtigen deutschen Recht sich aber nur durch Konstruktion erschließen läßt:

Die Berechtigung des unmittelbaren Eigentumserwerbs des Vertretenen auch bei Stillvertretung.

Lebenslauf.

Am 17. Januar 1908 wurde ich in Essen a. Ruhr als Sohn des damaligen Bergassessors, jetztigen Bergwerksdirektors und Vorstandsmitglieds bei den Vereinigten Stahlwerken A.-G. in Bochum Hans Eichler und seiner Ehefrau Bertha geb. Metzmacher geboren. Von Ostern 1914 bis Ostern 1917 besuchte ich die evgl. Volksschule in Somborn Kr. Bochum und von Ostern 1917 bis zu der Ostern 1926 abgelegten Reifeprüfung das Städtische Gymnasium in Dortmund. Meine rechtswissenschaftlichen Studien betrieb ich auf den Universitäten Marburg, München und Münster, die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 1. August 1930 vor der juristischen Prüfungskommission am Oberlandesgericht in Hamm. Am 16. August 1930 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt und befinde mich als solcher seit dem 1. September 1930 im Vorbereitungsdienst. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 27. Juni 1931 vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg.

Herrn Geheimrat Professor Dr. Manigk sage ich auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank für seine Unterstützung und die mir in liebenswürdiger Weise gegebenen vielfachen Anregungen.